



Ioannis Kantzas

Das Weisungsrecht im Vertragskonzern

Disbui. München

1987



Peter Lang Frankfurt am Main · Bern · New York · Paris



Europäische Hochschulschriften

Publications Universitaires Européennes
European University Studies

Reihe II

Rechtswissenschaft

Série II

Series II

Droit

Law

Bd./Vol. 727



PETER LANG

Frankfurt am Main · Bern · New York · Paris

Ioannis Kantzas

Das Weisungsrecht im Vertragskonzern



PETER LANG

Frankfurt am Main · Bern · New York · Paris

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Kantzas, Ioannis:

Das Weisungsrecht im Vertragskonzern / Ioannis Kantzas. -

Frankfurt am Main ; Bern ; New York ; Paris : Lang, 1988

(Europäische Hochschulschriften : Reihe 2, Rechtswissenschaft ; Bd. 727)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1987

ISBN 3-631-40344-5

NE: Europäische Hochschulschriften / 02

Gedruckt mit Unterstützung
des Deutschen Akademischen
Austauschdienstes (DAAD)

D 19

ISSN 0531-7312

ISBN 3-631-40344-5

© Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 1988.

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Das Weisungsrecht im Vertragskonzern

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Ioannis Kantzas

Referent:

Prof. Dr. Götz Hueck

Korreferent:

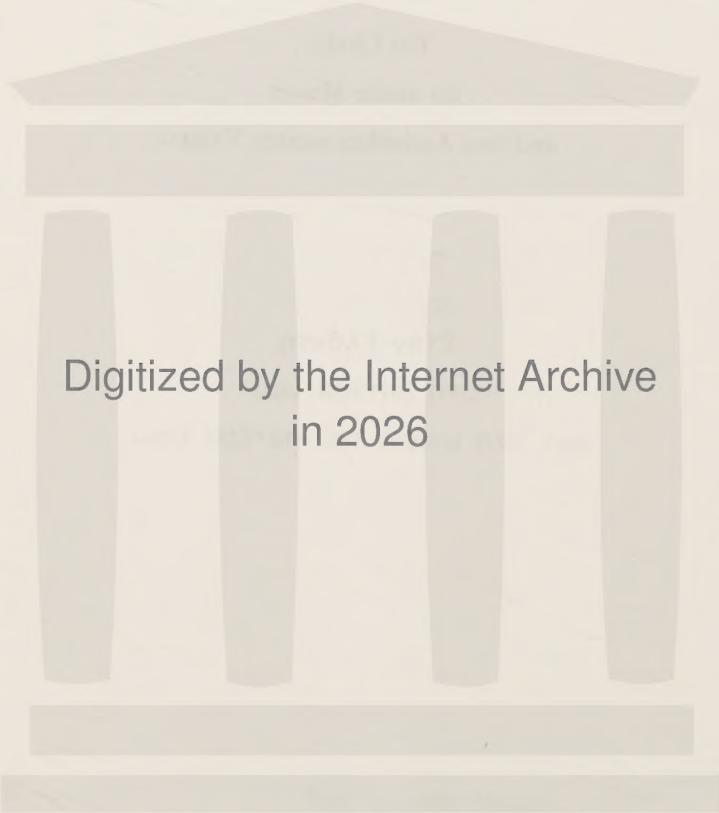
Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris

Tag der mündlichen Prüfung:

23. Juli 1987

Für Clodie,
für meine Mutter
und zum Andenken meines Vaters.

Στην Κλόντη
στη μητέρα μου
και στη μνήμη του πατέρα μου.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

VIII

§ 1 EINLEITUNG

1

- | | | |
|------|---|---|
| I. | Konzerne als Instrument der Verbundwirtschaft | 1 |
| II. | Beschränkung der Untersuchung auf beherrschungs-
vertragliche Unterordnungskonzerne, bei denen die
abhängige Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist | 4 |
| III. | Gang der Untersuchung | 7 |

§ 2 BEGRÜNDUNG DER LEITUNGSMACHT

10

- | | | |
|------|--|----|
| A. | Der Beherrschungsvertrag als Rechtsgrundlage | 10 |
| I. | Begriff und Funktion | 11 |
| II. | Rechtsnatur des Beherrschungsvertrags | 16 |
| III. | Abschluß des Vertrages | 21 |
| | 1. Abschlußvoraussetzungen | 21 |
| | 2. Vertragsfreiheit | 24 |
| B. | Statusänderung der abhängigen Gesellschaft | 31 |
| I. | Änderung der Struktur der Gesellschaft aus
wirtschaftlicher Sicht | 32 |

II.	Strukturänderung aus rechtlicher Sicht	35
	1. Herrschendes Unternehmen und Vorstand der abhängigen Gesellschaft	40
	2. Herrschendes Unternehmen und Aufsichtsrat	41
	3. Herrschendes Unternehmen und Hauptversammlung	44
C.	Zur Unterscheidung zwischen Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens	45
I.	Zweckänderung der abhängigen Gesellschaft	46
II.	Gegenstandsänderung	49
 § 3 DAS WEISUNGSRECHT		52
A.	Das Weisungsrecht als unerlässliches Beherrschungsmittel	52
B.	Inhalt des Weisungsrechts	53
C.	Rechtsnatur des Weisungsrechts	55
D.	Tatbestand der Weisung	57
I.	Begriffsbestimmung der Weisung	57
II.	Widerlegbare Vermutung	63
III.	Form der Weisung	65
E.	Umfang des Weisungsrechts	66
F.	Problem der Weisungspflicht	73

G.	Verhalten des Vorstands der abhängigen Aktiengesellschaft im weisungsfreien Raum	76
H.	Die Beteiligten der Weisungserteilung	80
I.	Das herrschende Unternehmen als Weisungsberechtigter	80
	1. Zuständigkeit der gesetzlichen Vertreter	80
	2. Delegation des Weisungsrechts	81
II.	Die abhängige Gesellschaft als Weisungsempfänger	83
	1. Der Vorstand als Weisungsempfänger	83
	2. Der Aufsichtsrat als Weisungsempfänger	84
	3. Delegation der Empfangsbefugnis	85
	§ 4 SCHRANKEN DES WEISUNGSRECHTES	87
A.	Einführung	87
B.	Schranken aus dem Beherrschungsvertrag	88
C.	Gesetzwidrige Weisung	91
I.	Verstoß gegen allgemeine Vorschriften	91
II.	Verstoß gegen aktienrechtliche Vorschriften	93
	1. Allgemeine aktienrechtliche Grenzen	93
	2. Aktienrechtliche Grenzen aus dem Recht der verbundenen Unternehmen	94
III.	Konzerndienlichkeit	98
D.	Die Satzung als Weisungsrechtsgrenze	103
I.	Die Satzung als bindende Schranke	103



II.	Nach der Satzung mögliche Weisungsbeschränkungen	104
1.	Hauptbeschränkung: Der Gegenstand des Unternehmens der abhängigen Aktiengesellschaft	104
a)	Völlige Produktionsumstellung	105
b)	Errichtung gegenstandsfremder Betriebe	106
c)	Einstellung und Stilllegung des Geschäftsbetriebes	107
d)	Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen mit anderem Gegenstand	107
2.	Weisung gegen statutarische Normen	107
3.	Weisung gegen Satzungsbestimmungen individualrechtlicher Natur	108
E.	Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft	109
§ 5 ERTEILUNG, DURCHFÜHRUNG UND DURCHSETZUNG DER WEISUNG		113
A.	Bedeutung der Weisungserteilung für die Förderung des Konzerninteresses	113
I.	Konsultationspflicht	116
II.	Pflicht des Vorstands der abhängigen Gesellschaft zur Einholung einer Weisung	117
B.	Pflicht zur Prüfung und Befolgung der Weisung	120
I.	Durchführung der Prüfung	122
II.	Abgrenzungskriterien	124
1.	Nachteiligkeit	126
2.	Konzerninteresse	130
3.	Offensichtlichkeit	135
III.	Für die abhängige Gesellschaft vorteilhafte Weisungen	140

C.	Weigerungsrecht und Weigerungspflicht	142
D.	Durchsetzung des Weisungsvollzugs	145
E.	Umgehungprobleme	148
I.	Stimmrechtsausübung des herrschenden Unternehmens	149
II.	Arbeitsrechtliche Weisungen im divisionalisierten Konzern	152
 § 6 HAFTUNG DER GESETZLICHEN VERTRETER DES HERRSCHENDEN UNTERNEHMENS		155
A.	Verantwortlichkeit als Ausgleich zur Leitungsmacht	155
I.	Gesetzliche Vertreter	157
II.	Teilnahme an Organbeschlüssen der beherrschten AG	159
	1. Doppelte Organmitgliedschaft	160
	2. Teilnahme an Hauptversammlungs- beschlüssen der abhängigen AG	161
III.	Rechtsnatur der Haftung	163
IV.	Haftungsvoraussetzungen	164
	1. Bestehen eines Beherrschungsvertrages	164
	2. Sorgfaltswidrige Weisung	165
	3. Vermögensschaden	167
	4. Sorgfaltspflichtverletzung	168
	5. Kausalzusammenhang	169
V.	Haftung der Aufsichtsratsmitglieder	170

	Seite
B. Geltendmachung der Ersatzansprüche	171
I. Durch die abhängige Gesellschaft	171
II. Durch die Aktionäre	173
III. Durch die Gläubiger	177
IV. Durch den Konkursverwalter	181
C. Erlöschen oder Schmälerung des Ersatzanspruches	182
I. Verzicht und Vergleich	182
1. Zustandekommen	182
2. Rechtsfolgen	185
a) Wirkung gegenüber den Aktionären	185
b) Wirkung gegenüber den Gläubigern	186
II. Verjährung des Ersatzanspruches	187
D. Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens als solchen	188
I. Rechtsgrundlage der Haftung	189
II. Berechtigung zur Geltendmachung des Anspruchs	193
 § 7 VERANTWORTLICHKEIT DER VERWALTUNGSMITGLIEDER DER ABHÄNGIGEN GESELLSCHAFT	 195
A. Haftende Personen	195
B. Systematische Bedeutung des § 310 AktG	195
C. Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder	198

	Seite
I. Haftungsvoraussetzungen und Beweislastverteilung	198
1. Konzernvertragliche Grundlage	199
2. Unzulässige Weisung	199
3. Vermögensschaden	202
4. Sorgfaltspflichtverletzung	203
5. Kausalzusammenhang	205
II. Keine Entlastung durch Billigung der anderen Organe	206
1. Zustimmung des Aufsichtsrats	206
2. Beschluß der Hauptversammlung	208
D. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder	209
E. Gesamtschuldnerische Haftung	213
F. Das Verhältnis von § 310 AktG zu § 93 AktG	214
G. Geltendmachung, Vergleich, Verzicht und Verjährung	217
 § 8 ZUSAMMENFASSUNG	 218
 LITERATURVERZEICHNIS	 220

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
Begr RegE	Begründung zum Regierungsentwurf
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
DB	Der Betrieb
Die AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH-Rdsch.	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
i.f.	in finem
JuS	Juristische Schulung

IX

JZ	Juristenzeitung
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RefE	Referentenentwurf eines Aktiengesetzes veröffentlicht durch das Bundesjustiz- ministerium 1958
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

§ 1 EINLEITUNG

I. Konzerne als Instrument der Verbundwirtschaft

Die Bildung von Unternehmenszusammenfassungen in vielfältigen Erscheinungsformen und mit verschiedener Zielsetzung stellt ein wesentliches Charakteristikum der expandierenden Wirtschaft vor allem in den letzten Jahrzehnten dar. Kartellierung, Konzernierung und Verschmelzung sind zwar rechtlich grundverschiedene Verbundmodelle und sie mögen, betriebswirtschaftlich gesehen, aus diversen Ursachen und Zweckmäßigkeiten entstanden sein. Im wesentlichen sind sie jedoch, genau wie der gesamte Konzentrationsprozeß, letztlich nichts anderes als ein bestimmter Ausdruck des Strebens nach wirtschaftlicher Macht ¹⁾.

Der unaufhaltsame Drang nach immer größeren Unternehmenseinheiten konnte nur in einigen Fällen durch inneres Unternehmenswachstum, z.B. durch neue Investitionen, gestillt werden. Der größte Teil der Wirtschaft hat dagegen den leichteren und kostengünstigeren Ausweg einer externen Unternehmensexpansion durch Beteiligungen an anderen Unternehmen vorgezogen ²⁾. Die Hauptargumente einer solchen Unternehmenszusammenballung, daß nämlich durch das externe Unternehmenswachstum aufgrund erheblicher Kostenersparnisse die Annäherung an das Betriebsoptimum

1) Rasch, Konzernrecht, 5. Aufl., S. 3; Dierdorf, S. 6; Emmerich/Sonnenschein, S. 7 und 10; Lenel, Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, 2. Aufl., S. 322 ff.; Ott, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, S. 1 ff.; Rasch, Aktuelle Probleme, S. 110; Großfeld, S. 21.

2) Emmerich/Sonnenschein, S. 4; Schauß, S. 1 ff.; ausführlicher über die Ursachen der Unternehmenskonzentration, Lenel, S. 46 ff., 57 ff.; H. Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, Großfeld, S. 32 ff.

erreicht und die erwünschte Rationalisierung durch Spezialisierung bestens gewährleistet werden, sind im Laufe der Konzentrationsbewegung in ihrem anfänglich absoluten Wahrheitsgehalt wesentlich relativiert worden.

Kritische Stimmen ¹⁾, die schwerwiegende gesellschaftspolitische und wettbewerbsrechtliche Bedenken erhoben haben, weisen auf die Bedrohung durch die Dominanz von Groß- und Größtunternehmen hin. Politische Demokratie und Marktwirtschaft werden ohne eine gewisse Dezentralisierung dieser Macht als nicht denkbar angesehen ²⁾. Der Akkumulation von unkontrollierbarer Wirtschaftsmacht muß im Sinne einer Erhaltung der politischen Freiheit durch ein Gegengewicht von strikt anzuwendenden Fusionskontroll- und Entflechtungsmaßnahmen begegnet werden ³⁾.

Gewicht und Dynamik der Wirtschaft dürfen andererseits das Wettbewerbskonzept nicht sprengen ⁴⁾. Eine solche Entwicklung, welche die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs lähmen würde, hätte verhängnisvolle

1) Steindorff, Wirtschaftsordnung und -streuung durch Privatrecht?, in: FS für Ludwig Raiser, 1974, S. 621 ff.; Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: FS für F. Böhm, 1965, S. 113 ff.; Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, 1971; Ballerstedt, Vertragsfreiheit und Konzentration, in: H. Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft I, 2. Aufl., 1971, S. 537 ff.; über den politischen Einfluß von Großunternehmen Rasch, Aktuelle Probleme, S. 121.

2) Begründung RegE eines 2. Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucks. VI (1971), 2520, S. 16.

3) Emmerich, in: 2. FS für F. Böhm, 1975, S. 119 ff.

4) Ott aaO., S. 2; Kronstein, in: FS für E. Geßler, S. 219.

Auswirkungen auf die freie Marktwirtschaft, und sie würde definitiv anstatt eines erwünschten Koordinations- ein Subordinationssystem aufoktroyieren¹⁾.

Der Konzern²⁾, auf dessen Teilbereich die vorliegende Arbeit sich beschränkt, bildet nach § 15 AktG nur eine von mehreren Erscheinungsmodalitäten der Unternehmenskonzentration³⁾ und wird nach § 18 Abs. 1 AktG als die Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung definiert.

1) Maier-Mannhart in der Süddeutschen Zeitung vom 12./13. Juli 1986, Nr. 157, S. 33, "Markt und Macht", in bezug auf die Reaktion der Monopolkommission für Machtzusammenballungen nach dem Vorbild von Daimler/AEG.

2) Über die geschichtliche Entwicklung der Konzernierung Rasch, Konzernrecht, 5. Aufl., S. 4 ff.; Emmerich/Sonnenschein, S. 4 ff.; G. Hueck, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., S. 373.

3) Bezeichnenderweise stellt die Konzernbildung kein Merkmal ausschließlich der kapitalistischen Wirtschaftsstruktur dar. Konzerne gibt es auch in den Ländern des sog. real existierenden Sozialismus, wo man von "sozialistischen" Konzernen spricht; Luchterhandt, S. 1, Fn. 2 m.w.N.

II. Beschränkung der Untersuchung auf beherrschungsvertragliche Unterordnungskonzerne, bei denen die abhängige Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist

Im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht, das durch §§ 1 ff. und 22 GWB Zusammenschlußverbote bzw. -kontrolle anordnet, entwickelt sich das Konzernrecht als konzentrationsneutral in Richtung auf eine Rechtslegitimation der Unternehmensverbindung ¹⁾.

Während die Konzernbildung aufgrund der spärlichen Regelung des Aktiengesetzes von 1937 im aktienrechtlichen Niemandsland ²⁾ zu leben hatte, wurde die Ausübung gesellschaftsexterner Herrschaftsmacht erst durch die Kodifizierung des Aktienrechts 1965 tatsächlich legalisiert. Von einer bloßen Minderheitsbeteiligung bis zur vollständigen Beherrschung durch Beherrschungsvertrag (§§ 291 ff. AktG) und vor allem durch Eingliederung (§§ 319 ff. AktG) sind alle denkbaren Zwischenstufen möglich, die sich von der bloßen Interessenverknüpfung bis zur völligen Gewinn- und Verlustgemeinschaft bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit bzw. der rechtlichen Eigenständigkeit der beteiligten Gesellschaften ausdehnen ³⁾.

In den allgemeinen Begriffsbestimmungen der §§ 15 ff. AktG unternimmt das Gesetz eine Zweiteilung zwischen der bloßen Abhängigkeit (§ 17 AktG) und der Konzernierung (§ 18 AktG). Im besonderen Teil über das Recht der verbundenen Unternehmen (§§ 291 ff. AktG) wird anders unterschieden, und

1) Werner, JuS 1977, S. 141 ff.; Harms verteidigt sogar diese Neutralität des Konzernrechtes, indem er die Ansicht als einen schwerwiegenden Trugschluß bezeichnet, daß die Konzentrationsbewegung durch eine eventuelle Verschärfung des Konzernrechts nachhaltig zu bekämpfen sei, S. 20.

2) Flume, DB 1956, S. 455; Rasch, Gutachten, S. 13.

3) Eine Übersicht über die Vielfalt der Unternehmenszusammenschlüsse bei G. Hueck, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., S. 370 ff.

zwar zwischen Unternehmensverbindungen, die aufgrund eines Beherrschungsvertrages (§ 308 AktG) entstanden sind und anderen, denen kein Beherrschungsvertrag zugrundeliegt (§§ 311 ff. AktG). Unter letztere sollen sowohl die sog. faktische Konzernierung als auch die schlichte Abhängigkeit ¹⁾ subsumiert werden ²⁾, wobei die Eingliederung ³⁾ wieder als eine besondere Art der Konzernbildung angesehen werden soll. So gewinnt der Beherrschungsvertrag, aufgrund dessen es zum Vertragskonzern ⁴⁾ kommt, eine Kardinalbedeutung als grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf diese Konzernierungsform. Sie wird außerdem beim Grundmodell der zweistufigen Unterordnung bleiben und die drei- oder mehrfache Untergliederung ⁵⁾ ausklammern.

Trotz der erweiterten Regelungsbedürfnisse der Wirtschaftspraxis ist das kodifizierte Konzernrecht immer noch im wesentlichen auf das Aktienkonzernrecht beschränkt. Die Grundkonzeption des Gesetzes geht von einem Konzern aus, bei dem die Tochtergesellschaft ⁶⁾ entweder eine Aktiengesellschaft oder eine KGaA ist.

1) Nach Huppert, S. 63 bilden Vertrags- und Beteiligungskonzerne keine Alternative, sondern sie verbinden sich miteinander, indem Beteiligungen zu vertraglichen Konzernen führen.

2) Kort, S. 7.

3) Der Beherrschungsvertrag wird nicht selten als eine Vorstufe zur Eingliederung betrachtet, Wilhelm, S. 4.

4) Zu den gegen diesen Begriff geäußerten Bedenken Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 18, Anm. 42 - 43.

5) Vgl. v. Hoyningen-Huene, ZGR 1978, S. 515 ff.

6) Der Begriff wurde von Hausmann geprägt, Hausmann, passim; Kronstein steht diesem Begriff kritisch gegenüber und schlägt statt dessen den Begriff "abhängige Gesellschaft" vor, Kronstein, S. 3, Fn. 3.

Das herrschende Unternehmen ¹⁾ dagegen darf jede beliebige Unternehmensform aufweisen. Gegenstand dieser Untersuchung bleibt der aktienrechtliche Vertragskonzern.

Daß sowohl die GmbH als auch die Personengesellschaften konzernabhängig sein können, haben zahlreiche Untersuchungen gezeigt ²⁾. Die Tatsache jedoch, daß sich die gesetzliche Regelung bisher auf die Aktiengesellschaft als Konzernuntergesellschaft beschränkt hat, ist verständlich. Schon damals waren 70 % der deutschen Aktiengesellschaften in irgendeiner Weise kon-

-
- 1) Zum Begriff des Unternehmens: Kropff, Begründung RegE, S. 27; Baumbach/Hueck, AktG, § 15, Rdnr. 3; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 15, Rdnr. 7 ff.; Würdinger, in: Großkommentar AktG, Vorb. §§ 15 - 19 II; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 15, Anm. 9; Emmerich/Sonnenschein, S. 34 ff.; Rasch, Konzernrecht, 5. Aufl., S. 23 ff.; Praël, S. 69 ff.; Mestmäcker, in: FS für H. Kronstein, 1967, S. 129 ff.; Rehbinder, S. 50 ff.; Zietz, S. 10 ff.; Geßler, in: FS für Knur, 1972, S. 145 ff.; Werner, JuS 1977, 143; Mestmäcker, Verwaltung, S. 303 ff.; Harms, S. 23; Nordmeyer, S. 26 ff.; Dierdorf, S. 25 ff.; Zöllner, ZGR 1976, S. 1 ff.; Schmidt, K., ZGR 1980, S. 277 ff.; Luchterhandt, ZHR 132 (1969), S. 149 ff.; Miegel, Die AG 1973, S. 122 ff.; Brauksiepe, BB 1966, S. 869 ff.; Würdinger, in: FS für O. Kunze 1969, S. 177 ff.; jeweils mit weiteren Hinweisen.
 - 2) Für die GmbH Kort, S. 8 ff. und passim; Semler, S. 139 ff.; Schmidt, K., GmbH-Rdsch. 1979, 121; W. Schilling, in: FS für W. Hefermehl, 1976, S. 383 ff.; Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 325; Hommelhoff, S. 236 ff. Für die Personengesellschaften Baumgartl, S. 7 ff.; Schießl, S. 3 ff.; Schneider, ZHR 143 (1979), 485; ders., ZGR 1980, S. 511 ff.; ders., ZGR 1985, 279 jeweils m.w.N.

zernverbunden ¹⁾. Nach neueren Schätzungen befinden sich 92 % aller größeren, nämlich dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 unterliegenden Aktiengesellschaften in Schachtel- oder Dauerbesitz ²⁾. Die wesentlichen Gründe dieser Tendenz ergeben sich sowohl aus der schwerwiegenden wirtschaftlichen Rolle der Aktiengesellschaft als auch aus der Natur dieser Gesellschaftsform. Die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte erleichtert mehr als bei jeder anderen Gesellschaft den Aufbau einer Machtposition ³⁾. Die bei der Aktiengesellschaft erfolgte Trennung zwischen Eigentum und Verfügungsmacht ⁴⁾ und die Passivität der weitgestreuten Kleinanleger verstärken nicht nur die Möglichkeit, daß diese Gesellschaft unter den herrschenden Einfluß eines Großaktionärs gerät. Sie bilden gleichzeitig auch Gefahren für Gläubiger und Aktionäre, falls der Einfluß mißbraucht wird. Und dies darf als entscheidendes Motiv einer ausgleichenden gesetzgeberischen Initiative nicht unterschätzt werden.

III. Gang der Untersuchung

Dem Beherrschungsvertrag als rechtlichem Instrument zur Einbindung einer Aktiengesellschaft bzw. einer KGaA in einen Konzern wird die größte Bedeutung eingeräumt. Dies leuchtet dann ein, wenn davon ausgegangen

1) Geßler, BB 1965, 677, 681; Rasch, Konzernrecht, 5. Aufl., S. 7 und S. 30; Reh binder, S. 1 ff.; Werner, S. 1 ff.; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Vorb. Anm. 8; die Aktiengesellschaft bildet auch die häufigste Rechtsform als Konzernspitze; so Timm, S. 8; zum Vergleich befinden sich in der Schweiz unter den 100 größten Industrieunternehmen nur Konzerne mit AG-Beteiligungen; Zweifel, S. 31; G. Hueck, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., S. 373.

2) Meiser, S. 3, Fn. 4.

3) Dierdorf, S. 2.

4) Mestmäcker, Verwaltung, S. 24, 27; Großfeld, S. 14 ff., 25 ff. über die Passivität der Kleinaktionäre, auch S. 190 ff.

wird, daß einerseits die Eingliederung einen sehr hohen Mehrheitsbesitz erfordert, der in seltenen Fällen erreicht wird ¹⁾, und daß andererseits die schlichte Abhängigkeit oder die faktische Konzernierung der Muttergesellschaft eine für die Tochtergesellschaft nachteilige Einflußausübung nicht in dem Umfang erlauben, wie es beim Vertragskonzern der Fall sein kann.

Diese Tatsache verstärkt gleichzeitig das Erfordernis, Zuständigkeits- und Verantwortlichkeitsregelung im Vertragskonzern rechtlich derart zu erfassen, daß die Gefahr einer mißbräuchlichen Weisungserteilung möglichst eliminiert wird. Die Konzernpraxis zeigt, daß manche herrschende Unternehmen besonders in Zeiten konjunktureller Engpässe ihre Weisungsbefugnis dazu benutzen, auf Kosten der abhängigen Gesellschaften riskante "Rettungsaktionen" für den Gesamtkonzern zu unternehmen, die schließlich zu spektakulären Konzernzusammenbrüchen führen ²⁾. Die negativen Folgen solcher "legitimierten" Herrschaftsmachtausübung sind nicht nur für außenstehende Aktionäre und Gläubiger ³⁾ der beteiligten Gesellschaften evident, sondern auch für die gesamte Wirtschaft.

1) Dagegen wird in der Regel ein Paketbesitz zwischen 25 bis 40 % des Nominalaktienkapitals ausreichen, um eine Aktiengesellschaft zu beherrschen, Zietz, S. 2.

2) Z.B. der Fall Glöggler, Pfleger-Edel im Handelsblatt Nr. 5 vom 8.1.1976; Kurk in der FAZ Nr. 14 vom 17.1.1976; Jeske in der FAZ Nr. 47 vom 25.2.1976.

3) Die interpretatorische Bewältigung des Konzernrechts wurde mit Recht bis vor kurzem überwiegend "von unten nach oben" versucht. Es wurde also aus dem Blickwinkel des Minderheitenschutzes bei der beherrschten Gesellschaft betrachtet. Diese Betrachtungsweise liegt auch der vorliegenden Arbeit zugrunde. Inzwischen zeichnet sich im Schrifttum die Tendenz ab, das Konzernrecht auch "von oben nach unten" als Schutzrecht für Minderheitsgesellschafter der Konzernspitze zu erfassen, Timm, S. 3; Schneider, BB 1981, S. 249 ff.

Der Versuch, die Zuständigkeit des herrschenden Unternehmens zur Leitung der Tochtergesellschaft mittels Weisungserteilung abzustecken, bleibt ein grundsätzliches Rechtsproblem. Die anschließende Untersuchung setzt sich mit den wichtigsten Aspekten dieser Frage auseinander.

Zunächst werden die Begründung der vertragskonzernrechtlichen Leitungsmacht und die Zuständigkeitsverschiebungen, die in einer Aktiengesellschaft stattfinden, erörtert. Dann werden der Begriff der Weisung und die Personen, die an ihrer Erteilung beteiligt sind, bestimmt. Anschließend werden die Schranken des Weisungsrechts aufzuzeigen sein und die aufgrund einer Weisungserteilung bestehende Prüfungs- und Folgepflicht für den Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft. Die Konsequenz der Durchführung einer über diese Schranken hinausgehenden Weisung ist die zivilrechtliche Haftung sowohl der Vertreter des herrschenden Unternehmens als auch - gegebenenfalls - der Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft. Mit der Behandlung dieser Verantwortlichkeitsregelung wird diese Untersuchung abgeschlossen.

§ 2 BEGRÜNDUNG DER LEITUNGSMACHT

A. Der Beherrschungsvertrag als Rechtsgrundlage

Das Aktienrecht stellt der zum Zusammenschluß bereiten Wirtschaft ein relativ umfangreiches Organisationsspektrum zur Verfügung. Davon ist die unternehmerische Konzernbindung nur eine, wenn auch die repräsentativste, Teilerscheinung. Aus dem gesamten gesellschaftlichen Verflechtungsphänomen wird die Bildung von Konzernen nicht nur äußerlich von den übrigen mehr oder weniger verwandten Erscheinungsformen abgesondert, sondern der Gesetzgeber unternimmt auch in einem geschlossenen System weitere Absteckungsversuche durch eine Kombination von strukturellen und formellen Abgrenzungsmerkmalen. So stellen die eingegliederten Unternehmen ein von der inneren Struktur der Bindung her andersartiges ¹⁾ Gefüge dar als der vertragliche und der auf bloßer Beteiligung beruhende Konzern. Die zwei letztgenannten Konzernvarianten werden aufgrund einer formellen Betrachtungsweise durch das Bestehen bzw. Fehlen eines Beherrschungsvertrages unterschieden, wobei allerdings hinzugefügt werden soll, daß das Aktienrecht die formelle Tatsache des Vertragsabschlusses mit weitgehenden juristischen Konsequenzen verbunden hat. Unter den begriffsnotwendigen Konzernmerkmalen besitzt die Ausübung einer für alle Konzernunternehmen einheitlichen Leitung fundamentale Bedeutung.

Indem bei den tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnissen nach §§ 311 ff. AktG die Befugnis zur Willenssteuerung der abhängigen Gesellschaft aufgrund des Gesetzes unmittelbar auf der Beteiligung beruht, stellt für den vertraglichen

1) Die Eingliederung liegt der Fusion näher als die beiden übrigen Konzernarten, obwohl nur die fusionierten Gesellschaften ihre bisherige selbständige Rechtspersönlichkeit aufgeben. Der wichtigste Unterschied zwischen Eingliederung und vertraglichem Konzern besteht darin, daß es bei letzterem nicht nötig ist, die außenstehenden Aktionäre zu verdrängen.

Konzern der Beherrschungsvertrag die rechtliche Grundlage dafür dar¹⁾. Die Rechtsgrundlage der Leitungsmacht ist nicht das Gesetz, das in §§ 308 ff. AktG lediglich die Art und Weise bestimmt, wie diese ausgeübt werden muß, sondern die privatrechtliche Willenseinigung der Vertragsparteien, durch welche sie verbindlich festlegen, daß dem herrschenden Unternehmen das Recht zur Leitung der abhängigen Aktiengesellschaft zustehen soll. Es ist weiter darauf hinzuweisen, daß die vertragliche Regelung dieser Frage nicht in einer ausdrücklichen Formulierung ihren Niederschlag zu finden braucht. Zur Begründung der Leitungsmacht genügt vielmehr ein entsprechender Parteiwille, welcher dem gesamten Inhalt des Beherrschungsvertrages entnommen werden kann²⁾.

I. Begriff und Funktion

Der Tatbestand des Beherrschungsvertrages ist schon lange vor dessen legislatorischer Anerkennung der Wirtschaftspraxis entsprungen³⁾. Das Ausmaß der Unternehmenszusammenschlüsse hat den Gesetzgeber vor die Alternative gestellt, entweder der bereits vorgegebenen Verflechtungsrealität den

1) Kropff, Begründung RegE, S. 374.

2) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 106; Baumbach/Hueck, § 291, Rdnr. 5.

3) Kronstein, Die abhängige juristische Person, S. 38; Kropff, Begründung RegE, S. 373; Sapper, S. 1; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 37; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, Vorb. § 291, Rdnr. 27, 28. Allerdings war die Ausübung des Weisungsrechts unter der Geltung des Rechts des HGB und des AktG 1937 nicht unumstritten, Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 1. Ballerstedt benutzt sogar den Begriff des "faktischen Beherrschungsvertrags", bezogen auf die Unternehmenskonzentration vor der Einführung des AktG 1965, in: Gesellschaftliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: Die Konzentration der Wirtschaft, S. 898, hrsg. von Helmut Arndt.

Boden zu entziehen ¹⁾, oder zu versuchen, sie durch die Schaffung von Legitimationskanälen in den Griff zu bekommen ²⁾. Im Rahmen des letzteren Lösungsweges, der das gesamte Konzernrecht kennzeichnet, hat der Beherrschungsvertrag seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden. Zu seiner begrifflichen Präzisierung trägt das Gesetz selbst bei durch die Definition in § 291 Abs. 1 AktG, nach der der Beherrschungsvertrag ein Unternehmensvertrag ist, durch den eine Aktiengesellschaft die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Infolgedessen liegt kein Beherrschungsvertrag vor, wenn sich zwei Unternehmen zwar durch Vertrag unter einheitliche Leitung stellen, sie aber voneinander nicht abhängig sind und dies auch durch den Vertrag nicht werden ³⁾.

Dieser Definition ist auch die Funktion dieses Unternehmensvertrages zu entnehmen. Sie besteht, genauer betrachtet, nicht aus der Übertragung bzw. dem Übergang der Leitungsgewalt des Vorstandes auf das herrschende Unternehmen, sondern lediglich aus der Eröffnung einer juristischen Möglichkeit für die Herrschaftsperson, die Leitung der Aktiengesellschaft vorrangig zu bestimmen ⁴⁾. Durch die häufige Ausübung dieses Rechts seitens des herrschenden Unternehmens kann es allerdings im Ergebnis so aussehen, als wäre auf dieses tatsächlich ein Teil der Leitungskompetenzen übergegan-

1) Einer solchen entflechtungsorientierten Gesetzgebung haben ihre Gegner entgegengehalten, daß die deutsche Wirtschaft dadurch ihre ausländische Konkurrenzfähigkeit verlieren würde, denn die deutschen Unternehmen stünden machtlos den Riesenunternehmen im Ausland gegenüber, welche in einem konzernfreudigen Raum zu ständigem externen Unternehmenswachstum tendieren, vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 7.

2) Emmerich/Sonnenschein, 2. Aufl., S. 21 f.

3) Gutjahr, S. 18.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 47.

gen¹⁾, was aber nicht zutrifft, denn ihr Vorstand bleibt immer noch das Organ, über das jeder geäußerte Wille der Herrschaftsperson verwirklicht werden muß. D.h., daß der aufgrund des Beherrschungsvertrages Berechtigte nicht zum Organ der Aktiengesellschaft wird, in dem Sinne, daß er unmittelbar zwischengeschaltet werden dürfte oder auch nur in beschränktem Umfange als Träger der Leitungsbefugnis fungieren könnte. Er bleibt der Gesellschaft gegenüber immer ein außenstehender Dritter. Das steht keineswegs im Widerspruch zu der hier im Rahmen der Verantwortlichkeitsregelung als richtig angenommenen Auffassung, daß er dennoch eine organähnliche Stellung besitzt.

Die Weisung bzw. das Weisungsrecht des § 308 AktG stellt das rechtliche Instrument dar, vermittels dessen das herrschende Unternehmen aufgrund des Beherrschungsvertrages die Leitung der beherrschten Aktiengesellschaft ausübt. Die im Vertragskonzern fundamentale Bedeutung dieses Rechts gebietet dessen ausführlichere Behandlung, die in § 3 dieser Arbeit vorgenommen werden soll. Da aber das Gesetz in §§ 291, 292 AktG mehrere Arten von Unternehmensverträgen vorsieht, das Weisungsrecht jedoch nur aus einem Beherrschungsvertrag folgen kann, taucht die Frage auf, wann ein solcher Vertrag vorliegt.

Der Beherrschungsvertrag hat zwei Teile aufzuweisen, nämlich einen formellen und einen materiellen. Die formellen Voraussetzungen des Beherrschungsvertrages sind zunächst ein gesetzmäßiger Hauptversammlungsbeschluß nach § 293 Abs. 1 AktG, sodann muß er in schriftlicher Form unter Bezeichnung der Vertragsart geschlossen werden und schließlich muß er gemäß § 294 AktG in das Handelsregister am Sitz der beherrschten Gesell-

1) Im Gegensatz zum aktienrechtlichen wird der GmbH-rechtliche Beherrschungsvertrag nicht in demselben Maß zu Kompetenzverschiebungen führen, Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, S. 47.

schaft eingetragen werden, wobei diese Eintragung konstitutive Wirkung hat¹⁾. In materieller Hinsicht muß sich aus dem Vertragsinhalt der Wille der Parteien ergeben, die Leitung der beherrschten Aktiengesellschaft der Entscheidungspriorität des herrschenden Unternehmens zu unterstellen.

In bezug auf den Vertragsinhalt herrscht in der Theorie einhellig die Meinung²⁾, daß die Unterwerfung der Aktiengesellschaft unter ihren Vertragspartner nicht notwendig ausdrücklich im Beherrschungsvertrag erwähnt zu werden braucht. Es reicht, ist aber auch erforderlich, daß aus dem Gesamtbild des Vertrages, d.h. aus der Summe seiner Einzelbestimmungen, der Schluß gezogen werden kann, daß die Verpflichtungen, die der Aktiengesellschaft auferlegt werden, eine Unterstellung ihrer Leitung unter ihren Vertragspartner hervorrufen³⁾. Dieses materielle Bestandsmerkmal des Beherrschungsvertrages darf aber auch nicht überbewertet werden. Denn würde dies ausschließlich in Betracht gezogen, müßte man einen Vertrag, der äußerlich Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsvertrag ist, als Beherrschungsvertrag anerkennen, wenn die Parteien ihn inhaltlich so gestaltet haben, daß er mit weitgehenden Weisungsrechten ausgestattet ist, und sich seinen vorgesehenen Rechtsfolgen nach als Beherrschungsvertrag erweist⁴⁾. Man braucht nicht besonders darauf hinzuweisen, welche eine Rechtsunsicherheit sich ergeben würde, falls man einen solchen Vertrag als Beherrschungsvertrag kennzeichnen würde, denn in diesem Fall müßten die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft alle Verträge dieser Art daraufhin untersuchen und prüfen, ob tatsächlich ein Beherrschungsvertrag gegeben ist. Dann wäre nämlich eine Abfindungsklausel nach § 305 Abs. 1

1) Baumbach/Hueck, § 294, Rdnr. 1 und 8.

2) Godin/Wilhelmi, § 291, Anm. 2; Baumbach/Hueck, § 291, Rdnr. 5.

3) Geßler, Probleme des neuen Konzernrechts, in: DB 1965, S. 1693; auch Vetter, S. 117 m.w.N.; Kort aaO., S. 48.

4) Vetter, S. 118; Mestmäcker, Systematik, in: FS für Kronstein, S. 150.

AktG erforderlich, die von den Aktionären und Gläubigern fristgemäß nach §§ 305 Abs. 4 S. 2, 305 Abs. 5, 304 Abs. 4 AktG geltend gemacht werden müßte, wollten sie nicht ihr Abfindungsrecht verlieren ¹⁾.

Um diese Probleme zu vermeiden und die Öffentlichkeit vor rechtsunsicheren Schwebezuständen zu schützen, ist der Auffassung zu folgen, daß der Art des Vertrages, unter der er im Handelsregister eingetragen worden ist, eine entscheidende Bedeutung zukommt ²⁾. Außerdem ist der Vertrag, der einer Partei andere Rechte verschaffen soll als die, welche das Gesetz für sie vorschreibt, in seinem Ganzen nichtig ³⁾. Für den obengenannten Unternehmensvertrag, der im Handelsregister als Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsvertrag eingetragen ist, der aber dem Pächter eine beherrschungsvertragsähnliche Leitungsmacht einräumt, folgt daraus, daß er keine solchen Rechte zu gewähren vermag. Er ist sogar wegen fehlender Eintragung unter dem richtigen Vertragsnamen nichtig ⁴⁾ und seine Unwirksamkeit ⁵⁾ kann durch die Eintragung im Handelsregister nicht geheilt werden.

1) Geßler aaO.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 32; Geßler, DB 1965, 1691 ff. (1694).

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 30; Vetter aaO.; über die Relativierung solcher Weisungsrechte s. Zietz, S. 37 - 38.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 32, der weiter hinzufügt, daß es nicht darauf ankommt, ob die falsche Beschreibung auf Absicht oder auf Irrtum der Vertragsparteien zurückzuführen ist. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 142; a.A. Mestmäcker, Systematik, in: FS für Kronstein, S. 148 - 150.

5) Um die Interessen der Gesellschaft sowie ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger vor den Folgen dieser Unwirksamkeit zu schützen, wird vorgeschlagen, daß der als unwirksam geltende Vertrag, was die Pflichten der anderen Vertragspartner angeht, trotzdem als wirksam angesehen wird, Geßler aaO.

Aus all diesen Hinweisen wird klar, wie wichtig es ist, daß bei dem einzutragenden Vertrag Inhalt und Bezeichnung übereinstimmen. Die richtige Vertragsbezeichnung ist nicht primär eine Angelegenheit der Hauptversammlung, wie von einer Meinung im Schrifttum vertreten wird ¹⁾, sondern neben ihr ist nach § 294 Abs. 1 AktG auch vom Vorstand zu erwarten, daß er auf eine inhaltskonforme Eintragung achtet. Darüber hinaus obliegt dem Registerrichter die Pflicht nachzuprüfen, ob bei dem ihm jeweils vorliegenden Vertrag die in Betracht kommende Vertragsart und die Summe seiner Einzelbestimmungen nicht auseinanderklaffen. Sollte das der Fall sein, muß er die Eintragung bis zur Aufhebung des Mangels verweigern.

II. Rechtsnatur des Beherrschungsvertrags

Schon lange vor der Regelung des Beherrschungsvertrags durch das geltende Aktiengesetz war in der Wissenschaft die Erörterung über die Rechtsnatur der Organschaftsverträge aktuell. Die damalige Diskussion wird gekennzeichnet durch eine grundsätzliche Einhelligkeit über den eindimensional schuldrechtlichen Charakter der entsprechenden Verträge ²⁾. Erst seitdem klar wurde, daß die Unternehmenskonzentration mit nur schuldrechtlichen Kriterien nicht mehr erfaßbar ist, fingen zuerst Flume ³⁾ und Ballerstedt ⁴⁾ an, den Organschaftsvertrag dem Gesellschaftsrecht systematisch zuzurechnen ⁵⁾.

1) So Vetter aaO.

2) Eine ausführliche Darstellung mit weitgehenden Literaturnachweisen bei Sapper, S. 45 ff. Über den rein obligatorischen Charakter der Organschaft im Rahmen des AktG 1937 s. Zietz, S. 32 und Praël, S. 65 ff.; Kort, S. 55.

3) DB 1956, 455 ff.

4) DB 1956, 813 ff., 837 ff.

5) Sapper aaO., S. 48; Windbichler, Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle, S. 71; Exner, S. 35 ff.

Den Weg zum heutigen Diskussionsstand hat aber Würdinger vorgezeichnet durch die von ihm ausgehende Prägung des Terminus des Organisationsvertrages, den er zunächst für den Gesellschaftsvertrag ¹⁾, später ²⁾ auch für den Beherrschungsvertrag verwendete. Dieser Begriff hat sich inzwischen allgemein durchgesetzt. Als solcher wird der Vertrag verstanden, der auf eine Gründung von Körperschaften gerichtet ist ³⁾.

Der Beherrschungsvertrag ist also ein Organisationsvertrag, der causalos ⁴⁾ ist und über einen parallel laufenden schuldrechtlichen Teil verfügt. Das Aktiengesetz selbst trägt zur Klärung dieser Frage so gut wie nichts bei. Einen einzigen mittelbaren Anhaltspunkt findet man in der Regierungsbegründung zu § 281 des Regierungsentwurfs, wo von den "übrigen Unternehmensverträgen" die Rede ist ⁵⁾. Damit sind die schuldrechtlichen Unternehmensverträge des § 292 AktG gemeint, bei denen es, wenn nicht im Sinne eines synallagmatischen Vertrages, so doch im wirtschaftlichen Sinn um den Austausch von Leistung und Gegenleistung geht. Darum handelt es sich aber weder beim Beherrschungs- noch beim Gewinnabführungsvertrag. Der abstrakte ⁶⁾ Charakter des aus dem Vertrag entspringenden Weisungsrechts und die Causallosigkeit des Beherrschungsvertrags deuten auf den gleichen Tatbestand hin. Damit wird die Eigenartigkeit des beherrschungsvertraglichen Weisungsrechtes zum Ausdruck gebracht, das von einer causa weder bestimmt noch begrenzt wird, wie es sonst im zivilrechtlichen Rahmen üblich

1) Würdinger, Gesellschaften I, S. 42.

2) Würdinger, Aktienrecht, 1. Aufl., S. 206 ff.; vgl. auch Schießl, S. 43.

3) Sapper aaO., S. 56; Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 323 f.; Timm, S. 35 Fn. 108 m.w.N.

4) Meulenbergh bezeichnet den Begriff "causalos" als mißverständlich, S. 46.

5) Zietz aaO., S. 35 - 36.

6) Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 323.

ist, wo die Weisung nur im Rahmen eines kausalen Vertrages, wie z.B. Dienstvertrag oder Auftrag vorgesehen wird ¹⁾. Während des Weisungsrecht bei diesen Verträgen den bestimmten vertraglichen Zweck immer zu berücksichtigen hat, gibt es für das entsprechende beherrschungsvertragliche Weisungsrecht keine solchen Bindungen, mit der Folge, daß nur durch seine Ausübung seitens des herrschenden Unternehmens eine zuvor nicht bestehende Verpflichtung originär begründet wird. Nach Würdingers treffender Formulierung trägt das Weisungsrecht den Zweck in sich ²⁾, durch seine Bezogenheit auf sämtliche Entscheidungen der Leitung der unterworfenen Gesellschaft.

Die Frage nach einer eventuellen schuldrechtlichen Natur des Vertrages wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Das Meinungsspektrum reicht bis zur völligen Negierung jeglicher schuldrechtlicher Elemente. Diese Meinung, der nicht gefolgt werden soll, qualifiziert den Beherrschungsvertrag trotz der in ihm vorzusehenden Abfindungs- und Ausgleichsansprüche nach §§ 304, 305 AktG als einen Vertrag von "rein verfassungsrechtlichem Charakter" ³⁾. Diese Auffassung vollzieht in der Theorie eine totale Wendung im Vergleich

1) Fischer, S. 35 - 38. Er legt die Auffassung Würdingers über die Causalität des Beherrschungsvertrages dar und nennt diesen Vertrag als abstrakten Organisationsvertrag ein rechtliches Novum; s. Müller, S. 81 - 82; Windbichler aaO., S. 71.

2) Würdinger, Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes, DB 1958, 1451. Ähnlich auch Zietz aaO., S. 38. Beim Beherrschungsvertrag dient das Weisungsrecht nicht der Durchsetzung eines zugrundeliegenden Vertragszweckes. Er ist selber Vertragszweck, der dem herrschenden Unternehmen ermöglichen soll, die Gesellschaft in ihrem Interesse zu leiten. Nach Sapper aaO., S. 57, enthält der Organschaftsvertrag eine Zweckvereinbarung der Parteien über eine bestimmte gesellschaftsrechtliche Kräfteverteilung.

3) Praël, S. 76.

zu der vor der Einführung des Beherrschungsvertrages herrschenden Meinung des rein obligatorischen Organschaftsvertrages.

Den Gegensatz hierzu stellt die Ansicht Straßbergers dar, der eindeutig eine Dualität der Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages befürwortet. Während danach die Begründung des abstrakten Weisungsrechts den organisationsrechtlichen Teil darstellt, sind die Verpflichtungen des herrschenden Unternehmens zur Sicherung von Gesellschaft, Gläubigern und außenstehenden Aktionären schuldrechtlicher Natur ¹⁾. Dieser vereinfachten Gegenüberstellung ist nur insofern zuzustimmen, als sie auf die schuldrechtlichen Elemente ²⁾, die der Vertrag mitenthält, hinweist.

Den Vorzug verdient demgegenüber die herrschende vermittelnde Konzeption. Sie geht grundsätzlich von dem organisatorischen Charakter aus und sieht gleichzeitig auch eine schuldrechtliche Bindung. So bildet der Beherrschungsvertrag einen einheitlichen janusköpfigen Vertrag, teils organisatorisch, teils schuldrechtlich ³⁾.

Die praktische Relevanz dieser theoretischen Auseinandersetzung liegt vor allem in der Möglichkeit zur Anwendung des § 320 BGB. Allerdings gehen selbst unter den Vertretern der letztgenannten Ansicht die Meinungen über die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts seitens der abhängigen Aktiengesellschaft diametral auseinander. Wäre z.B. das herrschende Unternehmen im Rückstand mit einer der ihm nach §§ 302 Abs. 1 bzw. 304 Abs. 1 AktG obliegenden Leistungen, kann nach einer Meinung die abhängige Gesellschaft, obwohl sie dazu berechtigt wäre, den Vollzug von Weisungen

1) Straßberger, S. 32.

2) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 291, Anm. 21.

3) Sapper, S. 128; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 25; Biedenkopf/Koppensteiner, § 291, Anm. 21; Wilhelm, S. 57, Fn. 54 und S. 119.

aufgrund des § 320 BGB nicht verweigern, damit sie nicht auf der anderen Seite Gefahr läuft, ihre Pflicht zur Einhaltung der beherrschungsvertraglich bedingten Verfassung zu verletzen ¹⁾. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen. Denn in ihrem Streben nach dogmatischer Schärfe unterschätzt sie die fundamentale Aufgabe der obengenannten Vorschriften, effektive Sicherung der abhängigen Gesellschaft und Schutz ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger zu gewähren. Diese Schutzwürdigkeitserwägungen sollten völlig ausreichen, um sich der Gegenansicht ²⁾ anzuschließen und der abhängigen Gesellschaft in solchen Fällen das Leistungsverweigerungsrecht zuzubilligen.

Diese Ausführungen sollten bereits hinreichend deutlich gemacht haben, daß die Frage nach der Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages nicht nur theoretisches ³⁾ Interesse erweckt, sondern auch vielfältige praktische Konse-

1) So Sapper aaO., S. 132 und ihm wörtlich folgend Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 291, Anm. 21. Ebenso Glaser, S. 8 - 9, der aber als Grund für die Unanwendbarkeit des § 320 BGB das Fehlen eines Gegenseitigkeitsverhältnisses zwischen der Weisungsbefolgungspflicht der abhängigen Gesellschaft und den Verpflichtungen des herrschenden Unternehmens aus §§ 302, 304 AktG erwähnt. Statt § 320 hält er den § 273 BGB für anwendbar (S. 10/3). Entsprechendes vertritt auch Zietz, S. 36 - 37; so auch Praël, S. 74.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 25.

3) So jedoch Baumbach/Hueck, § 291, Rdnr. 3; die diese Frage als eher theoretisch kennzeichnen; dagegen ausdrücklich Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 24; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 291, Rdnr. 20.

quenzen nach sich zieht. So ist vor allem auch das Problem der Vertragsfreiheit, das wegen seiner Bedeutung für den Vertragsabschluß unten gesondert behandelt wird, aus der Perspektive der Rechtsnatur zu lösen ¹⁾.

III. Abschluß des Vertrages

1. Abschlußvoraussetzungen

Der rechtswirksame Abschluß eines Beherrschungsvertrages hat nach §§ 293 ff. AktG bestimmte Voraussetzungen. Sie betreffen sowohl das Verfahren des Vertragsabschlusses als auch seine Form. Das Gesetz ist vom Zustand des früheren Rechts, wo es nahezu stets ²⁾ mündliche Beherrschungsverträge gegeben hat ³⁾, abgewichen, und dies nicht nur aus Rechtssicherheitserwägungen, sondern vor allem, weil der ungleichen Rechtsposition der Vertragsparteien Rechnung getragen werden sollte.

Zuständiges Organ für den Vertragsabschluß ist für die Aktiengesellschaft ihr Vorstand, dessen an sich unbeschränkbare Vertretungsbefugnis durch die zusätzlich erforderliche Zustimmung der Hauptversammlung beschränkt wird. Der Vorstand, der zwar zur Vorbereitung des Vertrages befugt bleibt, kann nach § 83 Abs. 1 AktG auf Verlangen der Hauptversammlung verpflich-

1) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 117; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 24; anders jedoch Exner, S. 69, der es für verfehlt hält, wenn man aus der Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages Rechtsfolgen ableitet. Er sieht die Gefahr, daß man als Voraussetzung in den Begriff der Rechtsnatur hineinlegt, was man als Rechtsfolge anschließend aus ihr ableiten möchte.

2) Begründung RegE, Kropff, S. 381.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 293, Anm. 12.

tet werden, den Beherrschungsvertrag vorzubereiten und zu seinem Abschluß zu schreiten. Dadurch wird aber die in § 293 Abs. 1 AktG verlangte Zustimmung der Hauptversammlung nicht ersetzt.

Neben der unentbehrlichen Mitwirkung der Hauptversammlung kann die selbständige Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG erforderlich sein, falls dies die Satzung vorsieht oder es durch einen Aufsichtsratsbeschluß verlangt wird. Bei einer eventuellen Verweigerung der Zustimmung des Aufsichtsrats kann der Vorstand die Hauptversammlung einberufen und diese kann dann die fehlende Aufsichtsratszustimmung durch einen Beschluß ersetzen, für dessen Wirksamkeit die Dreiviertelmehrheit erforderlich ist ¹⁾.

Zwischen den Vertragsparteien besteht in der Regel schon vor dem Vertragsabschluß ein Abhängigkeitsverhältnis, aufgrund dessen es zu dem Beherrschungsvertrag kommt. Trotzdem macht das Gesetz den Vertrag von der nachfolgenden Genehmigung (§ 184 BGB) oder von der vorherigen Einwilligung (§ 183 BGB) der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft abhängig, die ihre Leitung dem anderen Vertragsteil unterstellen wird. Nach § 293 Abs. 1 S. 2 AktG bedarf es für die Zustimmung der Hauptversammlung einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt, solange die Satzung keine erhöhte Mehrheit dafür verlangt. Da aber neben § 293 Abs. 1 S. 2 AktG der § 133 Abs. 1 AktG uneingeschränkt gilt, ist es für die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses notwendig, daß die einfache Stimmenmehrheit, soweit die Satzung keine größere Stimmenmehrheit verlangt, auch vorliegt. So kommt es zu dem Erfordernis einer doppelten Mehrheit ²⁾.

1) Baumbach/Hueck, § 293, Rdnr. 15; Biedenkopf/Koppensteiner/Kölner Kommentar, § 293, Anm. 7; a.A. Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 293, Anm. 11.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 293, Anm. 27.

Während bei der Aktiengesellschaft, die von dem anderen Unternehmen beherrscht werden soll, das Aktiengesetz die Zuständigkeit ihrer Organe bestimmt, richtet sich die Zuständigkeit zum Abschluß des Beherrschungsvertrags bei dem anderen Unternehmen nach dessen konkreter Rechtsform. Eine Besonderheit gilt aber, wenn auch der andere Vertragsteil die Rechtsform einer Aktiengesellschaft bzw. einer KGaA hat. In diesem Fall ist es für den wirksamen Vertragsabschluß erforderlich, daß seine Hauptversammlung dem Vertrag ebenfalls zustimmt.

Die Hauptversammlung der beherrschten Aktiengesellschaft hat dem Vertrag im ganzen zuzustimmen, d.h. es darf keine Nebenabreden geben, die von der Einwilligung bzw. Genehmigung der Aktionäre ausgeschlossen bleiben. Nur auf diese Weise wird die ratio legis des Zustimmungsbeschlusses erfüllt, daß die außenstehenden Aktionäre in Kenntnis jeder Vertragsklausel abgestimmt haben, so daß ihrem Interesse Rechnung getragen werden konnte. Dieser Grundsatz gilt trotz eventueller Geheimhaltungserwägungen ¹⁾, welche keine Ausnahme rechtfertigen. Wird er nicht beachtet, liegt für den Vertrag ein Fall der Teilnichtigkeit vor, der nach § 139 BGB zu entscheiden ist. Die Zustimmung der Hauptversammlung muß ferner ohne jede Bedingung oder einen Vorbehalt erteilt werden; nach richtiger Meinung wird jede Zustimmung unter einer auch nur belanglosen Änderung einer Ablehnung entsprechen ²⁾.

Mit der ordnungsgemäßen Zustimmung der Hauptversammlung sind jedoch noch nicht alle Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt. Der Vertrag ist formbedürftig, § 293 Abs. 3 AktG; er erfordert mindestens Schriftform, wird aber

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 293, Anm. 27; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 293, Anm. 36 m.w.N. auf die konträre Meinung.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 293, Anm. 42.

praktisch oft notariell beurkundet sein. Schließlich wird der Vertrag erst durch Eintragung in das Handelsregister nach § 294 Abs. 2 AktG wirksam. Anderenfalls kann aus ihm kein Weisungsrecht abgeleitet werden.

2. Vertragsfreiheit

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auf Art. 2 Abs. 1 GG beruht, gilt als wesentlicher Eckpfeiler des gesamten Rechts- und Wirtschaftssystems und bestimmt in mehr oder weniger weitem Umfang vor allem die Rechtsbeziehungen der Privatrechtsordnung¹⁾. Vertragsfreiheit heißt demzufolge nicht nur, daß das Rechtssubjekt nach seinem freien Ermessen einen Vertrag eingehen kann oder auch nicht. Auch bedeutet sie nicht lediglich die freie Wahl des Vertragspartners. Sie bedeutet zudem, daß die Parteien frei sind, die Vertragsbedingungen nach ihrem Willen so zu gestalten, wie es am besten ihrem Interesse entspricht und schließlich, daß jedem das Recht zur Änderung oder Kündigung des Vertrages ohne jede Einschränkung frei vorbehalten wird²⁾.

Grundlegende Voraussetzung für ein Funktionieren der Vertragsfreiheit ist es allerdings, daß die den Vertragsabschluß aushandelnden Parteien wenigstens näherungsweise gleich mächtig sind. Ist das nicht der Fall, kann der Vertrag zu einem willkürlichen Aufoktroyieren des Willens des Übermächtigen entarten. Um dieser Situation zu Lasten des schwächeren Vertragspartners zu begegnen, soll der Gesetzgeber eingreifen, um die Vertragsfreiheit im Interesse der Vertragsgerechtigkeit zu relativieren. Eine vertragsgerechtere Lage ergibt sich, indem das Gesetz verschiedene Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses aufstellt, durch die der Übermacht der

1) Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 35 ff.; Straßberger, S. 18 ff.

2) Vgl. Exner, S. 6 m.w.N.

einen Partei Grenzen gezogen werden. Als solche sind hier sowohl die Zustimmung der Hauptversammlung der AG als auch das für den Beherrschungsvertrag erforderliche Schriftformerfordernis und die Eintragung ins Handelsregister anzusehen.

Geht man davon aus, daß ein Beherrschungsvertrag meistens aufgrund eines schon bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses ausgehandelt und abgeschlossen wird, ist die Bemerkung Wiedemanns ¹⁾ kaum zu widerlegen, wonach beim konzerninternen Verschmelzungsvertrag nur der Form, nicht aber der Funktion nach ein Vertrag vorliegt. Denn durch die übermächtige Stellung des anderen Vertragsteils gerät die interessenausgleichende Funktion des Vertrags ins Schwanken, insofern es ihm gelingt, die Freiheit des Stärkeren auszunutzen, und eine ungerechte Regelung zu Lasten der beherrschten AG zu erzielen. Es hat sich in der Praxis als trügerische Hoffnung erwiesen ²⁾, daß der Vorstand der beherrschten AG sich dem anderen Vertragsteil gegenüber durchsetzen und damit seiner Pflicht, die Interessen seiner Gesellschaft zu wahren, nachkommen kann, indem er eine möglichst ausgeglichene Regelung des Weisungsrechts nach § 308 Abs. 1 S. 3 AktG vereinbart.

Nach diesen Erwägungen könnte man zu dem Ergebnis gelangen, die Vertragsfreiheit sei gänzlich wirkungslos beim Abschluß eines Beherrschungsvertrages ³⁾ und eine beiden Teilen gerechte Lösung könne nur durch die gesetzlichen Bestimmungen erreicht werden. Trotzdem ist es richtiger, der Vertragsfreiheit einen bescheidenen Raum auch beim Abschluß eines Beherrschungsvertrages zuzuerkennen.

1) Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 346; ähnlich Vetter, S. 115.

2) So Exner, S. 9 und Fn. 27.

3) Würdinger, Konzernrecht, 3. Aufl., S. 283, vgl. jedoch 4. Aufl., S. 324.

Eine andere Frage der Vertragsfreiheit, hier im Zusammenwirken mit der Satzungsautonomie ist, ob es zur Disposition einer Aktiengesellschaft steht, den Abschluß eines Beherrschungsvertrags von vornherein durch eine Satzungsbestimmung zu unterbinden. Während eine Meinung die Abschlußfreiheit für grundsätzlich unantastbar erklärt ¹⁾, tendiert eine andere eher zur Gegenposition, äußert aber gleichzeitig starke Bedenken ²⁾. Diese sind jedoch nicht gerechtfertigt; vielmehr ist der Auffassung zu folgen, die für die Zulässigkeit eines satzungsmäßigen Verbotes plädiert ³⁾. Eine solche Satzungsbestimmung kann nicht allein aufgrund des § 293 Abs. 1 S. 3 AktG als unzulässig angesehen werden. Das Aktiengesetz geht grundsätzlich vom Idealtypus der unabhängigen Aktiengesellschaft aus, und obwohl dies in der Praxis vielfach ins Gegenteil umgeschlagen ist, besteht doch kein überzeugender Grund, eine Gesellschaft daran zu hindern, unabhängig zu bleiben und diesen Willen auch mittels ihrer Satzung verbindlich zu äußern.

Während somit die Ansichten über die Geltung der Abschlußfreiheit divergieren, sind sich die Autoren bezüglich der Freiheit bei der inhaltlichen Gestaltung des Beherrschungsvertrags grundsätzlich einig. Hier gilt als Faustregel, daß der Inhalt dieses Vertrages weitgehend gesetzlich vorbestimmt ist und deswegen kaum der freien Disposition der Beteiligten unterliegt ⁴⁾.

Da die Vorschriften der §§ 304 ff. AktG als ein gewisser Preis für die Befugnis des herrschenden Unternehmens, die Leitung der abhängigen AG zu bestimmen, betrachtet werden, ist zunächst die Frage nach der Angemessenheit der Höhe sowohl der Abfindung als auch des Ausgleichs für die Minder-

1) Bachelin, S. 4.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 293, Anm. 33.

3) Glaser, S. 178 ff.; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 293, Anm. 25.

4) Exner, S. 14.

heitsaktionäre zu erörtern. Daß die Festlegung bzw. die Vereinbarung der Abfindung und des Ausgleichs einen Ausdruck der Vertragsfreiheit darstellt, ist nicht zweifelhaft. Nur ist der für die Vertragsparteien bestehende freie Raum stark eingeengt, da die Berechnungsmodalitäten vom Gesetz selbst durch ausführliche Regelung festgelegt sind. Das wird deutlich, wenn sich der andere Vertragsteil durchgesetzt hat und die Höhe der Abfindung bzw. des Ausgleichs nicht angemessen ist, denn dann kann jeder außenstehende Aktionär nach §§ 304 Abs. 4 und 305 Abs. 5 AktG eine gerichtliche Kontrolle bzw. Neufestsetzung beantragen.

Eine weitere Frage, die mit der autonomen Gestaltung des Inhalts des Beherrschungsvertrags zusammenhängt, betrifft den Umfang des Weisungsrechtes. Es darf zwar durch vertragliche Vereinbarung nicht erweitert, es kann aber sehr wohl dadurch beschränkt werden ¹⁾.

Den wichtigsten Fall dieser privatautonomen Einschränkung des Weisungsrechtes, der in § 308 Abs. 1 S. 2 AktG seine rechtliche Grundlage findet, bildet der vertragliche Ausschluß von nachteiligen Weisungen. Dies ist zwar theoretisch denkbar, wird jedoch in der Praxis vom Vorstand der AG kaum durchgesetzt werden können ²⁾, denn der andere Vertragsteil wird im Konzerninteresse auch auf die Erteilung von für die beherrschte Gesellschaft nachteiligen Weisungen großen Wert legen.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob das Weisungsrecht in dem Sinne eingeengt werden darf, daß es sich entweder nur auf einzelne Betriebe oder Betriebsabteilungen der abhängigen AG erstreckt, oder daß es hinsichtlich einzelner

1) Dierdorf, S. 42; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 32 ff.; Kropff, Begründung RegE, § 308, S. 403.

2) Halter, S. 183; Exner, S. 109 ff.; Geßler, in: FS für Beitzke, S. 923 und Schneider, ZGR 1980, 516 behaupten, daß das Weisungsrecht auch völlig ausgeschlossen werden kann.

Leitungsfunktionen des Vorstands ausgeschlossen werden kann. Dies ist das umstrittene Problem der Zulässigkeit von "Teilbeherrschungsverträgen", auf welches das Schrifttum noch keine einhellige Antwort zu bieten hat ¹⁾.

Verfügt die abhängige AG über mehrere Betriebe und/oder Betriebsabteilungen und wird die Unterstellung der Leitung nur für manche von ihnen vereinbart, dann liegt weder ein Beherrschungs- noch ein Teilbeherrschungsvertrag, sondern ein schuldrechtlicher Austauschvertrag vor ²⁾. Eine solche gegenständlich beschränkte Leitungsmacht entspricht nicht den gesetzlichen Anforderungen für den Beherrschungsvertrag und die daraus sich ergebende Rechtslage ist rein schuldrechtlich zu erfassen, sofern nicht im Einzelfall §§ 311 ff. AktG eingreifen ³⁾.

Es fehlt hier an der Unterstellung der Leitung der Gesellschaft als solcher, welche die unabdingbare Voraussetzung für das Bestehen des Beherrschungsvertrags darstellt.

Es fragt sich jedoch weiter, ob im Beherrschungsvertrag dem herrschenden Unternehmen die gesamte Leitung übertragen werden muß, oder ob durch die privatautonomen Vereinbarungen das Weisungsrecht sich auch nur auf einzelne Leitungsfunktionen des Vorstands erstrecken kann. Der Ansicht, die einen solchen beschränkten Beherrschungsvertrag ablehnt, ist nicht beizupflichten. Sie geht von einem unrichtigen Ausgangspunkt aus, der das

1) Würdinger in Großkommentar AktG, § 291, Anm. 8; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 291, Anm. 7; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 49 ff.; Godin/Wilhelmi, § 291, Anm. 2; Straßberger, S. 13; Dierdorf, S. 110 f.; Glaser, S. 208; Exner, S. 114.

2) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 107; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 50.

3) a.A. Glaser, S. 208 ff., der auch eine solche Beschränkung des Weisungsrechts für zulässig hält; ähnlich Exner, S. 114.

synallagmatische Element des Beherrschungsvertrags überbetont ¹⁾. Außerdem - und obwohl es in der Praxis meistens um die Unterstellung der gesamten Leitung der abhängigen Gesellschaft geht - entspricht es nicht notwendigerweise dem Sinne des Beherrschungsvertrages, daß er dem anderen Unternehmen eine umfassende Leitungsgewalt verleiht. Das Weisungsrecht kann, muß aber nicht möglichst umfassend vereinbart sein ²⁾. Deswegen dürfen bestimmte Leitungsfunktionen, wie z.B. Produktion, Vertrieb, Personalwesen, von der Leitungsbefugnis des herrschenden Unternehmens ausgeschlossen werden. Falls Leitungsaufgaben, die auf nur einem Leitungssektor, zu dem auch Ein- und Verkauf gehören, der Leitungskompetenz des anderen Vertragsteils unterstellt werden, dann ist die AG in ihrer Geschäftspolitik nicht mehr frei, und dies genügt den gesetzlichen Anforderungen an den Abschluß eines Beherrschungsvertrags ³⁾. Dem Abschluß "qualifiziert-nachteiliger" Weisungen, d.h. solcher, die bestandsgefährdend für die AG sind, sollte nur dann eine rechtliche Bedeutung beigemessen werden, wenn diese (wie dies ein Teil der Literatur fälschlicherweise tut ⁴⁾) als nicht die Schranken der Weisungserteilung sprengend angesehen werden.

Ein anderes Problem, das zwar mit der privatautonomen Inhaltsgestaltung des Beherrschungsvertrags nur mittelbar verbunden ist und unmittelbar nur die Abschlußfreiheit tangiert, stellt die Frage der für die Zustimmung der Hauptversammlung der Gesellschaft erforderlichen Mehrheit dar. Entweder verfügt bereits der Großaktionär über die nach § 293 Abs. 1 S. 2 AktG notwendige Dreiviertelmehrheit oder, falls er nur knapp darunter liegt, darf er meistens auf die Hilfe der Banken mit ihrem Vollmachtsstimmrecht rech-

1) So Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 291, Anm. 7; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 291, Anm. 8; Dierdorf, S. 110 f.

2) Glaser, S. 209.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 50; Glaser, S. 211; Exner, S. 111 ff.

4) S. unten § 4, E.

nen¹⁾. So steht er praktisch auf beiden Seiten des Vertrages, und es ist ihm leicht, aufgrund seiner übermächtigen Position dem Vertrag zuzustimmen, der am besten seine Interessenlage fördert. Um diese Unausgewogenheit zu relativieren, soll die Möglichkeit einer erhöhten Mehrheit erörtert werden. § 293 Abs. 1 S. 3 AktG sieht nur die Zulässigkeit einer größeren durch die Satzung verlangten Mehrheit vor. Eine niedrigere wäre unzulässig²⁾. Ob es bis zum Einstimmigkeitserfordernis kommen kann, scheint jedoch fraglich³⁾. Es entspricht eher der Systematik des Aktiengesetzes, wenn statt einer 100%igen eine 95%ige Mehrheit als äußerste Grenze für eine entsprechende Satzungsbestimmung angesehen würde. Dies, weil es tatsächlich institutswidrig sein würde, wenn ein Mehrheitsaktionär, dem eine 95%ige Kapitalmehrheit gehört, nach § 320 AktG zwar die Eingliederung, nicht aber die beherrschungsvertragliche Konzernierung erreichen könnte. Bejaht man nach richtiger Ansicht ein Stufenverhältnis zwischen Beherrschungsvertrag und Eingliederung, sollte man die Zulässigkeit eines Einstimmigkeitserfordernisses verneinen, damit ein solcher Mehrheitsaktionär nicht gezwungen wird, statt des Beherrschungsvertrags in die Eingliederung auszuweichen, die ihm gegenüber dem Beherrschungsvertrag zwar größere Rechte einräumt, ohne ihm aber weitergehende Pflichten aufzuerlegen⁴⁾.

Zur Freiheit der Vertragsänderung, -aufhebung bzw. -kündigung ist schließlich anzumerken, daß der Gesetzgeber einen großen Schritt in Richtung eines funktionierenden Vertragsmechanismus getan hat, indem er nach §§ 295 Abs. 2, 296 Abs. 2 und 297 Abs. 2 AktG sowohl die Änderung als auch die Been-

1) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 151; Großfeld, S. 28; Huppert, S. 77; Werner, Diss., S. 199; Rasch, BB 1976, 1104 Fn. 8; Mestmäcker, Verwaltung, S. 92 ff.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 293, Anm. 29.

3) a.A. Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 293, Anm. 32; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 293, Anm. 25.

4) So Glaser, S. 185 f.; vgl. auch Exner, S. 13.

digung des Beherrschungsvertrags ausschließlich von einem Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre abhängig gemacht hat. Diese Regelung, verbunden mit dem Ausschluß von Weisungen des herrschenden Unternehmens nach § 299 AktG, den Vertrag zu ändern, aufrechtzuerhalten oder zu beenden, beschneidet wesentlich die Übermacht des Mehrheitsaktionärs und räumt der abhängigen Gesellschaft insoweit die Möglichkeit ein, zur Hüterin ihrer eigenen Interessen zu werden.

B. Statusänderung der abhängigen Gesellschaft

Die Unterstellung der Leitung der abhängigen Gesellschaft unter das herrschende Unternehmen bleibt nicht ohne Wirkung für die innere Struktur der beherrschten juristischen Person. Bereits die Begründung zum Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes ¹⁾ hat dazu geführt, daß manche Stimmen in der damaligen Literatur annahmen ²⁾, daß die Verträge des § 291 AktG, also auch der Beherrschungsvertrag als rechtliche Konzerngrundlage in die Verfassung der Aktiengesellschaft selbst eingriffen. Es genügt nämlich nicht, daß die Gesellschaft als juristische Person "selbständig" weiterexistiert als Gläubiger und Schuldner, sowie als Träger ihres Unternehmens und daß wirtschaftliche Verlagerungen nicht im strikten Sinne rechtlicher Vermögensübertragungen stattfinden. Die Versetzung des Planungs- und Entscheidungszentrums, der Wechsel der Person des Empfängers sowie die Orientierungsänderung des Erwerbsstrebens verursachen eine tiefgreifende Statusumgestaltung sowohl aus rechtlicher wie auch aus wirtschaftlicher Sicht. Weil im Wirtschaftsleben derjenige, der sich im Besitz der Entscheidungskompetenz befindet, normalerweise auch den ökonomischen Erfolg an sich zieht, wird nach Abschluß eines Beherrschungsvertrages das Verhältnis zwischen abhän-

1) Kropff, Begründung RegE, S. 376.

2) Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., S. 288; Stehle, Die AG 1966, 233 ff.; Vetter, S. 116.

giger Aktiengesellschaft und ihrem Unternehmen auch umgestaltet. Dessen formeller Träger verbleibt die beherrschte juristische Person, materiell aber geht es auf die Herrschaftsperson über.

Eine Struktur- bzw. Statusänderung tritt aufgrund der vertragskonzernlichen Bindung bei der unterworfenen Gesellschaft in zwei Richtungen ein ¹⁾: einerseits eine Modifikation ihrer Verfassung ²⁾ und andererseits eine Umfunktionierung der Struktur ihres innenwirtschaftlichen Mechanismus.

I. Änderung der Struktur der Gesellschaft aus wirtschaftlicher Sicht

Sowohl aus der Konzerndefinition nach § 18 Abs. 1 AktG als auch nach dem in der Literatur verwendeten Konzernbegriff geht hervor, daß die Konzernierung einer wirtschaftlichen Fusion ³⁾ der beteiligten Unternehmen gleichgesetzt werden kann. Der Umfang der Vermögensvermischung hängt von der

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 1; Geßler versteht als "Struktur" der Gesellschaft das von ihr verfolgte Gesamtinteresse, Geßler aaO., Vorb. zu § 291, Anm. 3; Sapper, S. 77; Kort, S. 55.

2) Wie Luchterhandt unterstreicht, betrifft der Beherrschungsvertrag insbesondere die Verfassung der AG; er wirkt nicht als Satzung, sondern als Statusänderung, Luchterhandt aaO., S. 65; Kort aaO., S. 67 und 125 bejaht eine Verfassungsänderung sowohl der beherrschten als auch der herrschenden Gesellschaft durch den Beherrschungsvertrag.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 18, Anm. 45 mit Nachweis auf Mestmäckers Hinweis über die Entstehung einer neuen wirtschaftlichen Einheit durch die einheitliche Leitung. Geßler selbst lehnt zwar die "wirtschaftliche Einheit" als begriffsnotwendiges Charakteristikum des Konzerns im allgemeinen ab, er nimmt sie aber beim Bestehen eines Beherrschungsvertrages bzw. Vorliegen einer Eingliederung wieder an, aaO., § 18, Anm. 7 ff.

jeweiligen rechtlichen Ausgestaltung ¹⁾ des Konzernzusammenschlusses ab. In der Praxis werden Beherrschungsverträge fast immer zusammen mit Gewinnabführungsverträgen abgeschlossen, genauer gesagt werden die letzteren auch von Beherrschungsabreden begleitet ²⁾. Bei einer solchen Koppelung ist die Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit seitens der Aktiengesellschaft gravierender als bei Vorliegen nur eines isolierten Beherrschungsvertrages. Aber auch in letzterem Fall wird nach zutreffender Meinung dem herrschenden Unternehmen bereits die Möglichkeit zuerkannt, mittels Weisung über das Vermögen der beherrschten Gesellschaft zu verfügen ³⁾. Darüber hinaus ist hier ein Blick über das an sich rechtlich Erlaubte hinaus auf die Praxis angebracht. Denn die Erzwingung von Vertragsabschlüssen mit dem herrschenden Unternehmen oder mit Dritten zu unangemessenen sog. Konzernverrechnungspreisen, die zu verdeckten Gewinnausschüttungen führen, oder auch der Abschluß von fingierten Beratungs- und Lizenzverträgen sind zwar verboten, werden aber en masse praktiziert ⁴⁾.

Dies ist eine der Begleiterscheinungen der zugunsten eines Großaktionärs gestörten gesellschaftlichen Machtbalance. So stellt sich die Konzernierung als eine wirtschaftliche Unterstellung der Vermögenssubstanz unter die Verfügungsgewalt der Konzernspitze dar. Als Vermögen versteht man hier die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter und sonstigen Rechte von privat-

1) Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 348. "Die Leitungsintensität schwankt von Konzern zu Konzern". Ähnlich auch Rasch, Konzernrecht, 5. neubearbeitete Aufl., S. 2, 7 ff.; wie Timm zutreffend unterstreicht: Eingliederung bedeutet eine wirtschaftliche Fusion unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit der eingegliederten Aktiengesellschaften, S. 48. Die wirtschaftliche Fusion nimmt auch Werner, S. 35 als Begriffsmerkmal des Konzerntatbestandes an.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 37; Kort, S. 48.

3) S. unten § 3 E.

4) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 15; Mestmäcker, Verwaltung, S. 309 f.

wirtschaftlichem Wert, die einem Vermögensträger zustehen ¹⁾. Geht man davon aus, daß das Unternehmen eine komplexe Gesamtheit von Vermögenselementen darstellt, läßt sich eine Zweiteilung in statische und dynamische Bestandteile vornehmen. Während die statischen, z.B. Eigentum, Rechtsinhaberschaft usw., eher mit rechtlichen Kriterien erfaßbar sind, bilden die dynamischen die Summe von mehr oder minder unschützba- ren und schwer schätzba- ren Werten, wie z.B. know-how, Beziehungen, good-will, Belegschaftsverhältnisse, Chancen und Risiken der Unternehmensentwicklung, Bonität usw., den Grundbereich, woraus das herrschende Unternehmen zu Lasten seines Vertragspartners am leichtesten profitieren kann ²⁾.

Kaum geringeren Einfluß auf den wirtschaftlichen Strukturwandel der Aktiengesellschaft hat außerdem die unternehmerische Konzernorientierung. Die Gesellschaft gerät nicht selten in eine Marktisolation, die sie ihres selbständigen Fortlebens beraubt, gekoppelt mit einer Fixierung auf die am Konzern beteiligten Unternehmen ³⁾. So werden für sie nicht der Markt, sondern die Konzernbedürfnisse vorrangig sein. In ähnlichem Zusammenhang bemerkt Mestmäcker, daß nicht festzustellen ist, welchen Beitrag die Tochter durch Verzicht auf Geschäftschancen zum wirtschaftlichen Erfolg des Konzerns leistet ⁴⁾.

1) So Sapper, S. 71; Zietz, S. 40.

2) So auch die in der Fn. 1 Genannten, vor allem unter der Perspektive der gegen diese Zweiteilung des Unternehmensvermögens erhobenen Bedenken.

3) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 13; Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 25 ff.

4) Mestmäcker, Verwaltung, S. 310.

II. Strukturänderung aus rechtlicher Sicht

Bei einem so tiefgreifenden Eingriff in das wirtschaftliche Wesen der Aktiengesellschaft ist es wegen der Interdependenz zwischen Unternehmen und Gesellschaft kaum vorstellbar, daß ihr rechtliches Gefüge unberührt bliebe. Im Gegenteil mußte sich der Beherrschungsvertrag, der in den meisten Fällen der zuvor geschilderten Sachlage abgeschlossen wird, seit jeher an diesen Gegebenheiten orientieren. Durch seinen Abschluß wird die innere Organisation der Tochtergesellschaft derart umgestaltet, daß der neue Zustand mit der etwas überspitzten Formulierung im Schrifttum als eine Pervertierung des alten Organisationsschemas, bzw. das, was von der beherrschten AG zurückbleibt, als Trümmerhaufen bezeichnet wurde ¹⁾.

Der Beherrschungsvertrag hebt zwar die Satzung nicht restlos und endgültig auf, wie Luchterhandt meint, sondern er verdrängt und überlagert sie, solange er besteht ²⁾. Ab dem Zeitpunkt seiner Beendigung allerdings tritt die nie abgelöste Satzung wieder in den Vordergrund.

Während der Dauer des Vertrags bewirkt seine gegenüber der Satzung vorrangige Geltung jedoch eine Verfassungsmodifikation für die beherrschte Gesellschaft. Der Begriff der Verfassung, den das Gesetz weder in § 25 BGB noch im 4. Teil des ersten Buches des Aktiengesetzes näher erläutert, ist in

1) Luchterhandt, S. 64; Großfeld spricht insofern von einem Verlust der Verfügungsmacht der abhängigen AG über ihr Unternehmen, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 39.

2) Würdinger, Konzernrecht, 3. Aufl., S. 282 - 283; vgl. auch Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 5 und 20.

der Theorie immer noch ein aktuelles Diskussionsfeld ¹⁾. Im Rahmen dieser Untersuchung erlangt dieser Begriff einen speziellen Inhalt und wird als die Summe der Bestimmungen angesehen, die grundsätzlich die Zuständigkeiten und die Verantwortlichkeit der Organe der Aktiengesellschaft regeln. Der Verfassungsbegriff wird hier in seinem materiellen Sinn verstanden.

Aus dieser Perspektive betrachtet, erfährt jedes Organ Umstellungen: Dem Vorstand wird seine Entscheidungskompetenz praktisch entzogen; sobald er nach § 308 AktG Weisungen zu verwirklichen hat, kann er seine Leitungsbefugnis nach § 76 Abs. 1 AktG nicht ausüben. Er wird ein von außerhalb der Gesellschaft juristisch verbindlich gesteuertes Organ ²⁾.

Der Aufsichtsrat, der durch die Stimmenmehrheit des Großaktionärs mit Personen seines eigenen Vertrauens besetzt worden ist, wandelt seine Zuständigkeit zu einem den Willen der Herrschaftsperson diktierenden Organ um, statt im Interesse aller Aktionäre den Vorstand zu überwachen ³⁾.

1) Näher zu dem Begriff der Verfassung Zietz, S. 39 und vor allem Praël, S. 16 ff. m.w.N. Es wird z.B. von Rittner, AcP 183 (1983), 295 ff., 308, die Auffassung vertreten, der Begriff "Konzernverfassung" sei terminologisch unglücklich, weil er eine hoheitliche Regelung impliziert. Er schlägt statt dessen den Begriff "Konzernorganisation" als neutraler vor und weist darauf hin, daß er von der unternehmerischen Praxis leichter verstanden werden kann. Trotzdem dürfte man bei diesem Begriff ohne ernste Gefahr von Fehlinterpretationen verbleiben, zumal er sich inzwischen im neueren Schrifttum durchgesetzt hat, Timm, S. 19.

2) Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, S. 4, betont diese Strukturveränderung, indem er unterstreicht, daß es in der selbständigen AG an einem "Dienstherrn" fehlt, d.h. an demjenigen, dem das Recht und die Möglichkeit zuerkannt wird, Weisungen zu erteilen.

3) Beuthien, JuS 1970, 53; Luchterhandt, S. 64.

Die Hauptversammlung schließlich hat in der Tat über nichts mehr zu bestimmen ¹⁾, denn die überproportionale Präsenz des Großaktionärs, vor allem falls sie mit der bekannten Passivität ²⁾ der einflußlosen Kleinaktionäre gekoppelt ist, macht den Verlauf jeder Abstimmung für ihn beliebig vorhersehbar.

Diese neue Situation der beherrschten Aktiengesellschaft wird im Schrifttum zutreffend als Verlust ihrer Autonomie bezeichnet ³⁾. Großfeld ⁴⁾ betont eher den Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit der beherrschten Aktiengesellschaft, obwohl er das Fehlen einer unmittelbaren Mitwirkung aller Aktionäre an der gesellschaftlichen Willensbildung dieser Gesellschaft unterstreicht. Auf ihrer Autonomie, einem für die nicht konzernierte Aktiengesellschaft immanenten Strukturmerkmal, beruht der Betrieb ihres Unternehmens im Interesse aller Aktionäre. Deswegen wird dieses Autonomieprinzip als im wesentlichen, wenn auch nicht völlig deckungsgleich, mit dem Zweck der Gesellschaft verstanden ⁵⁾. Die Zweckentfremdung der beherrschten Aktiengesellschaft wird in einem doppelten Sinne verwirklicht. Zum einen findet die Gewinnerzielung nicht mehr im Interesse aller ihrer Aktionäre, sondern hauptsächlich im Interesse des herrschenden Unternehmens als Mehrheitsaktionär statt, und zum anderen liegt durch die Möglichkeit der Ausschüttung größerer Teile des Gewinns an den Großaktionär eine fremdbestimmte Gesellschaft vor, deren Unternehmen im wesentlichen zum Nutzen eines Hauptaktionärs betrieben wird.

1) So Luchterhandt, S. 64.

2) Statt anderer Großfeld, S. 14 ff., 25 ff.

3) Brachvogel, S. 10 m.w.N.

4) Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 25 f.

5) Timm, S. 52 ff., m.w.N. Die Problematik der Zweckänderung der beherrschten AG wird unten unter § 2, C, I behandelt.

Andererseits ist das herrschende Unternehmen nicht Organ der Gesellschaft ¹⁾, was die gesonderte Regelung seiner Verantwortlichkeit außerhalb der herkömmlichen aktienrechtlichen Organhaftung unter gleichzeitiger Berücksichtigung seines organähnlichen Charakters gebietet.

Unter Berücksichtigung der seit Jahren immer stärker werdenden Konzentrationstendenzen der heutigen Verbundwirtschaft, führen alle diese Erwägungen zu einer doppelten Fragestellung: Entfernt sich das Aktienrecht immer weiter von dem Grundtypus der traditionellen Publikums-Aktiengesellschaft zugunsten eines Nebentypus ²⁾ bzw. anderen Grundtypus der Konzern-Aktiengesellschaft? Oder gibt es eigentlich nur den einen AG-Typus unter den verschiedenen AG-Formen, allerdings mit individuell verschiedenem Erscheinungsbild? Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit dieser Problematik würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Nur andeutungshalber sei sie im Sinne der ersten Alternative beantwortet ³⁾.

-
- 1) So aber Praël, S. 76, unter unzutreffender Berufung auf Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 291, Rdnr. 20 und auf Kropff, DB 1965, 1281, 1287; Kronstein, Die abhängige juristische Person, S. 39; vgl. demgegenüber Knoblaue, S. 79, der die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens nicht als Organ der abhängigen AG ansieht.
 - 2) Über die Realtypen der Gesellschaften im allgemeinen Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 108 ff. über den Konzerntypus spezifisch S. 347 ff.; Glaser, S. 188.
 - 3) Vgl. Glaser, S. 188, der meint, daß der Grundtypus des Gesetzes immer noch die unabhängige AG ist, obwohl auch die abhängige, der rechtlichen Regelung nach eher als Sonderfall gedacht, heute faktisch "das Normale" scheint. Ähnlich auch Timm, S. 53; Brachvogel, S. 145 - 147.

Obwohl es grundsätzlich stimmt, daß die abhängige Aktiengesellschaft erst seit dem geltenden Aktiengesetz in wortwörtlichem Sinne geregelt wird, kann man doch den § 256 AktG von 1937 trotz seiner Dürftigkeit ¹⁾ als den Keim der heutigen, immer noch verbesserungsbedürftigen gesetzlichen Regelung ansehen. Die Konzeption des Aktiengesetzes von 1937 war jedoch in ihren Grundzügen noch eindeutig auf die wirtschaftlich unabhängige Einzel-AG zugeschnitten ²⁾. Die Hinwendung des Gesetzgebers von 1965 zu dem Typus der Konzern-AG ist unter der "Wucht der Tatsachen" deutlich zu verspüren.

Danach kann man der Auffassung nicht folgen, die die verschiedenen Typen der Aktiengesellschaft nur als Unterformen eines einheitlichen AG-Typus ansieht. Für sie gibt es keine besonderen gesetzlichen Typen der AG, sondern nur "die AG". Vielmehr erscheint der konträre Ausgangspunkt zutreffend. Dabei ist es noch zu wenig deutlich, wenn man nur von einem Grundtyp mit Ausnahmen ausgeht, denn das gesetzliche Verhältnis von Regel und Ausnahme hat sich seit 1870 in der Praxis zunehmend in sein Gegenteil verkehrt ³⁾. Es ist deshalb vorzuziehen, mit Luchterhandt von zwei Gegenpolen als Idealtypen zu sprechen: auf der einen Seite das körperschaftliche Verständnis des Aktienvereins, mit einem der inneren Autonomie vorbehaltenen eigenen Bereich ⁴⁾, und auf der anderen Seite eine in ihrem privatautonomen Eigenbereich stark durch Konzernabhängigkeit modifizierte Rentengesellschaft.

1) Vgl. Luchterhandt, S. 66, Fn. 172: § 256 AktG 1937 stellt kaum mehr als einen dürftigen Ansatz dar ...". Die Gestaltung der Organschaft entsprang steuerlichen Überlegungen und lebte im "aktienrechtlichen Niemandsland", Bachelin, S. 2.

2) So Sapper, S. 90.

3) Sapper, S. 92. Außerdem ist die Tendenz zur Konzernierung zunehmend. Rasch, Konzernrecht, S. 3 ff.; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 6; Meulenbergh, S. 46.

4) Luchterhandt, S. 65 und 67.

1. Herrschendes Unternehmen und Vorstand der abhängigen Gesellschaft

Obwohl der Beherrschungsvertrag zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft ¹⁾ abgeschlossen wird, ist nicht die juristische Person, sondern ihr Vorstand Weisungsadressat nach § 308 Abs. 1 AktG. Der Grund dieses gesetzlichen Mißklanges, der selbst im Gesetzestext durch den wieder anders formulierten § 299 AktG seinen Widerhall findet, ist auf die Absicht des Gesetzgebers zurückzuführen, den organisatorischen Charakter des Beherrschungsvertrages zu betonen. Das darf aber nicht dazu verleiten, daß man, wie Praël ²⁾ unter Berufung auf eine angeblich herrschende Meinung den Weisungsberechtigten als Organ in die Organisation der Aktiengesellschaft miteinbezieht. Die Bezugnahme auf die Meinung von Biedenkopf/Koppensteiner ³⁾ vermag eine solche Auffassung nicht zu stützen, denn dort wird der Vorstand lediglich als Organ des gesamten Konzerns und nicht der Aktiengesellschaft bezeichnet. Diese Bezeichnung, die von Emmerich/Sonnenschein wiederholt wird ⁴⁾, ist auf alle Fälle unglücklich gewählt und sollte lieber vermieden werden ⁵⁾, nicht nur, weil sie die Stellung der Herrschaftsperson vernebelt, sondern auch, weil der Konzern kein anerkannter organisatorischer Anknüpfungspunkt ist.

Richtiger und trotz Praëls gegenteiliger Behauptung auch herrschend im Schrifttum ist die Ansicht, nach der das herrschende Unternehmen als ein grundsätzlich außenstehender Dritter keine ihm übertragene Vorstandszuständigkeit ausübt, sondern es gilt als in die materielle Organisation der

1) Vgl. auch den § 297 RegE, nach dem die Aktiengesellschaft und nicht ihr Vorstand den Weisungsempfänger darstellte.

2) Praël, S. 76.

3) Kölner Kommentar, § 291, Anm. 20; s. Praël, Fn. 307.

4) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 116.

5) Darauf weist auch Praël aaO. hin; Timm, S. 1 und 2 m.w.N.

Gesellschaft einbezogen, insofern es, ohne den Vorstand zu substituieren, ihm den Willensbildungsprozeß entzieht ¹⁾. Zwar kann es in die Aktiengesellschaft hineinregieren, aber es braucht dazu ein ausführendes, wenn auch in gewissem Sinn dann willenloses Organ.

Diese Sonderstellung der Herrschaftsperson führt zu manchen Besonderheiten bei der Anwendung des Aktiengesetzes. So gilt z.B. die Pflicht des Vorstands der Aktiengesellschaft nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, Stillschweigen über vertrauliche Mitteilungen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu bewahren, nicht gegenüber dem herrschenden Unternehmen, denn erfahrungsgemäß setzt die Ausübung seiner Leitungsmacht einen hohen Informationsgrad über die gesellschaftlichen Angelegenheiten voraus ²⁾. Dieses Privileg steht ihm aber nicht uneingeschränkt zu; wenn dem Vorstand ersichtlich ist, daß die verlangte Mitteilung in keinerlei Beziehung zu der erteilten Weisung steht, hat er Stillschweigen zu bewahren.

2. Herrschendes Unternehmen und Aufsichtsrat

Der Konzeption und der Zielsetzung des Beherrschungsvertrages hätte es nicht entsprochen, den Aufsichtsrat der abhängigen Aktiengesellschaft ähnlich wie deren Vorstand dem herrschenden Unternehmen zu unterstellen. Nicht nur, weil dies der Stellung des Aufsichtsrates nicht entsprochen hätte ³⁾, sondern vor allem, weil die Leitung der Geschäfte der Gesellschaft, worauf der Beherrschungsvertrag abzielt, nicht auf den Aufsichtsrat übertragbar ist (§ 111 Abs. 4 S. 1 AktG). Eventuelle Reibungen sind jedoch grundsätzlich

1) Würdinger, Konzernrecht, 4. Aufl., S. 326; Baumbach/Hueck, § 308, Rdnr. 4; Sapper, S. 67, 144; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 11.

2) Knoblaue, S. 53.

3) So Wilhelmi in: Begründung zur Bundestagsdrucksache IV 3296, S. 48.

im Rahmen der nach § 111 Abs. 4 AktG der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürftigen Geschäftsführungsmaßnahmen vorstellbar. Und dem hat der Gesetzgeber in § 308 Abs. 3 AktG mit mehr Erfolg als in § 297 Abs. 3 des Regierungsentwurfs ¹⁾ Rechnung getragen. Der Kritik, daß die vom Gesetz getroffene Lösung nicht befriedigend sei, da diese Regelung dem Ziel diene, den im Aufsichtsrat befindlichen Arbeitnehmervertretern eine gewisse Mitbestimmung in Fragen der Geschäftsführung zu sichern ²⁾, ist gerade deswegen und im Bewußtsein der Kompliziertheit der konzernrechtlichen Mitbestimmungsregelung nicht zuzustimmen.

So kann das herrschende Unternehmen die auch von der Satzung ³⁾ verlangte Zustimmung des Aufsichtsrates durch eine wiederholte Weisung unter Berücksichtigung der Bedingungen des § 308 Abs. 3 AktG ersetzen.

Eine Weisungserteilung an Aufsichtsratsmitglieder findet dagegen keinesfalls eine rechtliche Grundlage ⁴⁾. Von erheblicher Wichtigkeit ist hier die Be-

1) Ausführlicher darüber Knoblaue, S. 55; Rowedder hält im Anschluß an Biedenkopf/Koppensteiner, § 308 Abs. 3 AktG für "systemwidrig" bzw. für eine "lex imperfecta", in: FS für K. Duden, S. 501 ff. (S. 504 und S. 507).

2) Knoblaue, S. 57; vgl. Dierdorf, S. 45, Fn. 136 und S. 57 ff.

3) Lutter, Zur Wirkung von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG auf nahestehende Gesellschaften, in: FS für R. Fischer, 1979, S. 419 (426); Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 21; Knoblaue, S. 74.

4) Einhellige Meinung, Dierdorf, S. 42; Schauß, S. 101 m.w.N. in Fn. 306; Raiser, Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder?, ZGR 1978, 391 ff., für die abhängige GmbH Kort, S. 52. Unrichtig also die konträre Meinung Gutjohrs, die unter bestimmten Voraussetzungen ein bedingtes Weisungsrecht gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern einzuräumen scheint, Gutjahr, S. 77; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 42; Rowedder, in: FS für K. Duden, S. 501 ff.

stellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder nach § 84 AktG, die vom Aufsichtsrat selbständig unter eigener Verantwortung vorgenommen wird.

Will jedoch das herrschenden Unternehmen seinen Willen dem Aufsichtsrat gegenüber durchsetzen, so ist ihm dies durch eine doppelte Benutzung seiner Hauptversammlungsmehrheit möglich. Mit einer Koppelung nämlich der Abberufung der bisherigen Aufsichtsratsmitglieder nach § 103 AktG und der Bestellung neuer Personen, die das Vertrauen des Großaktionärs besitzen, wird eine personelle Unterworfenheit auch dieses Organs erreicht, was auch eine Verstärkung der Position des herrschenden Unternehmens den Vorstandsmitgliedern gegenüber bedeutet ¹⁾.

Noch durch eine dritte Verfahrensweise kann das herrschenden Unternehmen die Zustimmung des Aufsichtsrats erzwingen, nämlich durch Berufung auf § 111 Abs. 4 S. 4: Es erteilt dem Vorstand die Weisung, einen Hauptversammlungsbeschluß herbeizuführen, wo es durch seine in der Regel vorhandene Stimmenmehrheit die fehlende Zustimmung erlangt ²⁾.

Aus dem oben Gesagten geht deutlich hervor, wie faktisch abhängig auch dieses Organ von dem herrschenden Unternehmen aufgrund des Beherrschungsvertrags geworden ist.

1) Vgl. Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 279; Dierdorf, S. 45; diese Tatsache wird häufig mit der Formel beschrieben: "In der abhängigen Gesellschaft ist Vorstand der Aufsichtsrat", so Wendeling-Schröder, S. 196, ähnlich Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 16. Ähnlich auch Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 90.

2) Schauß, S. 102; Rowedder aaO.

3. Herrschendes Unternehmen und Hauptversammlung

Gemäß § 119 Abs. 2 AktG kann die Hauptversammlung über Fragen, die zum Zuständigkeitsbereich des Vorstands gehören, nur dann entscheiden, wenn dieser es verlangt. Der Vorstand ist dann nach § 83 Abs. 2 AktG verpflichtet, die von der Hauptversammlung beschlossenen Maßnahmen, die die Geschäftsführung betreffen, auszuführen. Im Einklang mit dieser Regelung sieht dann § 93 Abs. 4 S. 1 AktG eine Haftungsbefreiung für die Vorstandsmitglieder vor, die eine Geschäftsführungsmaßnahme aufgrund eines gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschlusses durchgeführt haben. Diese Haftungsbefreiung darf jedoch nicht auf eine durch Beherrschungsvertrag konzernverbundene Gesellschaft ausgedehnt werden, weil § 310 AktG als *lex specialis* der Bestimmung des § 93 Abs. 4 S. 1 AktG vorgeht ¹⁾. Sonst könnte der Vorstand der AG seine Verantwortlichkeit aus § 310 AktG leicht umgehen.

Da das herrschende Unternehmen gemäß § 308 Abs. 1 S. 1 AktG über ein Weisungsrecht nur dem Vorstand gegenüber verfügt und mit Ausnahme des § 308 Abs. 3 AktG keine andere direkte Eingriffsmöglichkeit in die Zuständigkeiten der anderen Organe hat, ist die Ausübung seines Einflusses in der Hauptversammlung zwar durch seine meist bestehende Stimmenmehrheit, nicht aber durch eine Weisungserteilung möglich ²⁾.

1) Darüber ausführlich § 7 F.

2) Dierdorf, S. 42.

C. Zur Unterscheidung zwischen Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens

Die Diskussion über die Unterscheidung zwischen Zweck der abhängigen Gesellschaft und Gegenstand ihres Unternehmens läßt sich bereits auf das Aktiengesetz von 1937 zurückführen. Anlaß der wissenschaftlichen Auseinandersetzung war die umstrittene Frage der Zulässigkeit des Organschaftsvertrages nach § 256 AktG von 1937, dem Vorläufer des heutigen Beherrschungsvertrags, und das damit verbundene Problem, inwieweit der Abschluß von Organschaftsverträgen eine Satzungsänderung bei der beherrschten Gesellschaft bewirkt. Zu der Vielfalt der herausgebildeten Ansichten hat auch der Umstand geführt, daß Zweck, Geschäftspolitik und Gegenstand des Unternehmens kaum scharf voneinander abzugrenzen waren und oft als sich ergänzende Teilaspekte einer Einheit betrachtet wurden ¹⁾. So haben manche Autoren sowohl eine Zweck- als auch eine Gegenstandsänderung aufgrund eines Organschaftsvertrages bejaht ²⁾, andere haben darin zwar keine Zweck-, wohl aber eine Änderung des Unternehmensgegenstandes erblickt ³⁾, eine dritte Meinung hat nur für eine Zweck-, nicht aber für eine Gegenstandsänderung plädiert ⁴⁾, und schließlich hat eine vierte Ansicht sowohl eine Änderung des Zwecks als auch des Unternehmensgegenstandes nach dem Abschluß eines Organschaftsvertrages abgelehnt ⁵⁾.

1) Westermann, in: FS für Schnorr v. Carolsfeld, S. 517, 527; vgl. auch Knoblauch, S. 12, der über die Gegenstandsänderung des Unternehmens spricht, aber offensichtlich die Zweckänderung meint.

2) Vgl. Brachvogel, S. 43 und Fn. 6.

3) Erlinghagen, Der Organschaftsvertrag, S. 153.

4) Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 3. Aufl., S. 267.

5) A. Hueck, DB 1959, 223.

Nachdem sich aufgrund des § 293 Abs. 1 S. 4 AktG die herrschende Meinung ¹⁾ herauskristallisiert hat, daß der Abschluß eines Beherrschungsvertrages keine konkludente Satzungsänderung bei der Tochtergesellschaft mit sich bringt und die Begriffsmerkmale des Zwecks und des Gegenstands schärfer voneinander abgegrenzt wurden, zeichnen sich im Schrifttum zunehmend allgemeingültige Ergebnisse ab.

Während der Gegenstand den sachlichen Tätigkeitsbereich der Gesellschaft umschreibt, gibt der Zweck das sog. Unternehmensziel an ²⁾. Beide Begriffe sind voneinander klar zu unterscheiden, obgleich sie als die zwei Seiten derselben Medaille angesehen werden sollten ³⁾.

I. Zweckänderung der abhängigen Gesellschaft

Anders als dies beim Gegenstand des Unternehmens der Fall ist, bildet nach dem Aktiengesetz der Zweck der Gesellschaft keine obligatorische Satzungsbestimmung. Gesetzliche Bestimmungen wie die §§ 21, 22, 23 BGB, §§ 105, 161 HGB und § 1 GenG über den Zweck eines Verbandes existieren im Aktiengesetz nicht. Es wird weder auf den Gesellschaftszweck abgestellt, wie

1) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 152; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 26; Luchterhandt, S. 61; Glaser, S. 200; Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 303; Dierdorf, S. 8 m.w.N.; Praël, S. 80; a.A. Zöllner, in: Kölner Kommentar, § 291, Anm. 26.

2) So Timm, S. 27.

3) Mit der bindenden Feststellung des Tätigkeitsbereichs der AG in der Satzung wird ihr konkreter Zweck bestimmt, so Westermann, in: FS für Schnorr v. Carolsfeld, S. 517, 524, 527; Brachvogel, S. 13.

dies nach § 705 BGB für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts geschieht, noch stellt das Unmöglichwerden der Zweckerreichung einen Auflösungsgrund dar, wie es nach § 61 GmbH-Gesetz der Fall ist ¹⁾.

Trotzdem hat die selbständige AG ihren eigenen Zweck zu erfüllen und dieser ist, wie sich aus den §§ 58 ff., 174 bzw. 254 AktG ergibt, sowohl die Gewinnerzielung als auch die Gewinnausschüttung an die Aktionäre ²⁾. Die Verfolgung dieses Zwecks ist für den Erwerb der prinzipiell frei veräußerlichen Aktien von grundsätzlicher Bedeutung, denn jeder, der sein Geld der Aktiengesellschaft anvertraut, soll und darf davon ausgehen, daß sie im Interesse ihres eigenen Unternehmens wirtschaftet und der dadurch sich ergebende Gewinn ausschließlich ihren Aktionären zugute kommt ³⁾.

Das bedeutet für die unabhängige AG: Die Gesellschaft wird autonom geführt und für ihre Aktionäre nutzbar gemacht, indem ihr Verwaltungsorgan im Interesse der Gesellschaft hinsichtlich der Gewinnerzielung frei entscheidet und die Hauptversammlung der Aktionäre über die Gewinnverwendung und Gewinnausschüttung verfügen kann, ohne dabei unter dem Druck von gesellschaftsfremden Interessenbestrebungen zu stehen ⁴⁾.

Diese Konstellation wird grundlegend geändert, sobald nach § 293 AktG ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wird. Denn die Gesellschaft unterstellt ihre Leitung dem herrschenden Unternehmen, und aus der dadurch sich ergebenden Kräfte- und Interessenverschiebung kann ihre herkömmliche Zweckförderungspflicht nicht mehr in derselben Art und Weise erfüllt wer-

1) Was die Zweckänderung einer durch Beherrschungsvertrag gebundenen GmbH betrifft, siehe statt anderer Kort, S. 60 ff. und 66 ff.

2) Baumbach/Hueck, § 293, Rdnr. 3; Praël, S. 68; abweichend Großmann, S. 14 ff.

3) Timm, S. 28.

4) Westermann aaO.; Timm aaO., m.w.N.

den. Die so eingeleitete Zweckänderung ¹⁾ wird am deutlichsten, wenn die von einem fremden Willen gesteuerte Gesellschaft zu einer Rentengesellschaft für die außenstehenden Aktionäre entartet. Dadurch kommt es in der AG zu einer Trennung zwischen Eigentum und Verfügungsmacht ²⁾.

Der Versuch, diese neue Situation dadurch zu erklären, daß der Beherrschungsvertrag als eine Art Konzernsatzung betrachtet und der Konzern mit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gleichgestellt wird ³⁾, so daß für die beteiligten Unternehmen quasi ein gemeinsamer Zweck aufgrund des § 705 BGB herbeigezaubert wird, hat sich nicht als glücklich erwiesen ⁴⁾. Er übersieht die nur einseitige Unterstellung der Leitung der beherrschten AG, die Tatsache, daß der Konzern als rechtlich selbständig existierender Anknüpfungspunkt ⁵⁾ keinen Bestand haben kann, und er qualifiziert das Konzerninteresse als den a priori gemeinsam zu fördernden Zweck. Wie treffend bemerkt wird, ist der Subordinationskonzern regelmäßig als sog. *societas leonina* einzuordnen und kann daher grundsätzlich keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts darstellen ⁶⁾.

Als ungeeignet zur Erfassung dieser Zweckänderung hat sich auch § 33 Abs. 1 S. 2 BGB erwiesen ⁷⁾. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB verlangt Einstimmigkeit ⁸⁾ bei

1) Dierdorf, S. 120.

2) Brachvogel, S. 145 ff.

3) Harms, S. 147 ff.

4) Werner, S. 66 ff.; Exner, S. 40 ff. m.w.N.

5) Brachvogel, S. 17; Werner, S. 37.

6) Werner, S. 68; anders ist jedoch die Rechtslage bei den Gleichordnungskonzernen.

7) Dazu Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 156 sowie kritisch Timm, S. 32 ff.

8) Für die Zweckänderung durch Einstimmigkeit plädiert Großmann, S. 26.

Änderung des Vereinszwecks. Dem stehen §§ 291 - 293 AktG als Spezialvorschriften entgegen.

Zwar kann der Abschluß eines Beherrschungsvertrags als eine Änderung des Satzung in funktionalem Sinn betrachtet werden. Das nach § 33 Abs. 1 S. 2 BGB geltende Einstimmigkeitsprinzip muß aber trotzdem der nach § 293 AktG erforderlichen Dreiviertelmehrheit auch aus dem Grunde weichen, weil das Gesetz in den §§ 304 ff. AktG für die außenstehenden Aktionäre durch die als Schutzmaßnahme qualifizierte Gewährung von angemessener Abfindung und Ausgleich die Übergehung der Minderheit zu kompensieren versucht hat ¹⁾.

Daß die Zweckänderung einen schwerwiegenden Eingriff in die mitglied-schaftliche und vermögensrechtliche Stellung der außenstehenden Aktionäre darstellt, versteht sich von selbst. Deswegen können die Schutzvorschriften der §§ 304 ff. AktG nicht als vollkommen ausreichend angesehen werden. Die Beachtung der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel durch eine gerechtere Abwägung der nicht selten gegenseitigen Interessen im Vertragskonzern sollte daher das oberste Gebot für die Beteiligten sein.

II. Gegenstandsänderung

Im Gegensatz zum Zweck der Aktiengesellschaft muß der Gegenstand des Unternehmens ausdrücklich und unzweideutig in der Satzung der Gesellschaft erwähnt werden ²⁾. Den Unternehmensgegenstand regelt das Aktien-gesetz in den §§ 3, 4 Abs. 1, 23 Abs. 3 Nr. 2 und 179 Abs. 2 S. 2 AktG. Damit ist der sachliche Tätigkeitsbereich gemeint, im Rahmen dessen die Gesellschaft produziert oder/und handelt. Nach § 23 Nr. 2 AktG soll die in der Sat-

1) So Timm, S. 33; Exner, S. 44.

2) Westermann, in: FS für Schnorr v. Carolsfeld, S. 517; Kort, S. 65.

zung erfolgte Angabe des Unternehmensgegenstandes nach zwei Gesichtspunkten konkretisiert werden. Einerseits muß der Wirtschaftssektor angegeben werden, in dem die Gesellschaft ihre Tätigkeit ausüben wird, z.B. Textilien, Autos, Kredit- oder Versicherungswesen, Werbung usw. Andererseits muß die Art ihrer Tätigkeit erkennbar sein, d.h. ob die Gesellschaft nur mit der Herstellung oder nur mit dem Handel von Waren zu tun hat, ob sie ausschließlich im Bereich der Dienstleistung tätig sein soll oder ob sich ihre Tätigkeit aus einer Kombination von Produktion, Handel oder/und Dienstleistung zusammensetzt ¹⁾.

Die Angabe des Unternehmensgegenstandes darf nicht unscharf, sondern sie muß so präzise wie möglich sein ²⁾, so daß es dem Vorstand nicht überlassen bleiben kann, nach eigenem Gutdünken seinen Aufgabenbereich zu erweitern oder zu begrenzen. Dadurch werden die außenstehenden Aktionäre vor einer möglichen Änderung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft geschützt ³⁾. Dies ist die interne Funktion der Festlegung des Gegenstandes in der Satzung. Sie dient aber gleichzeitig einem externen Zweck, indem sie den Unternehmensgegenstand nach außen der Öffentlichkeit erkennbar macht.

Die aus dem Gegenstand des Unternehmens sich ergebende Bindungswirkung verbietet zum einen dem Vorstand der juristischen Person, rechtliche Dauerbindungen einzugehen, durch welche die Verwirklichung der festgelegten Unternehmensziele behindert wird, und zum anderen verpflichtet sie ihn, durch sein Handeln ständig die Verfolgung dieses Zieles anzustreben ⁴⁾. Daraus entspringt ein fest umrissenes Organisationsschema zur Orientierung der für die AG Handelnden.

1) Timm, S. 23.

2) Vgl. Barz, in: Großkommentar AktG, § 23, Anm. 11.

3) Vgl. für die abhängige GmbH Kort, S. 59.

4) Timm, S. 24.

Die Frage, ob die Konzernierung eine gegenstandsändernde Wirkung aufweist, wird von einem Teil des Schrifttums bejaht ¹⁾. Es wird davon ausgegangen, daß der Beherrschungsvertrag einen grundlegend verändernden Eingriff in das Unternehmen der abhängigen Gesellschaft darstellt. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Richtiger ist, daß man dem Beherrschungsvertrag keine gegenstandsändernde Wirkung zubilligt ²⁾. Die beherrschte Gesellschaft unterstellt zwar ihre Leitung dem herrschenden Unternehmen, sie gibt aber aufgrund des Beherrschungsvertrags keineswegs ihre eigene Identität vollständig auf. Grundsätzlich betreibt die beherrschte AG auch nach dem Vertragsabschluß die gleiche Wirtschaftstätigkeit, die sie auch zuvor betrieben hat, und der Beherrschungsvertrag an sich stellt keinen Grund für eine entsprechende Veränderung dar ³⁾. Eine Gegenstandsänderung, falls sie unvermeidbar ist, wäre zwar durch eine Satzungsänderung herbeizuführen, das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens würde dafür jedoch nicht ausreichen ⁴⁾.

1) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 339; Duden, BB 1957, 49.

2) Dierdorf, S. 120 m.w.N.

3) Kort, S. 59 und 65.

4) Vgl. unten § 4, D, II, 1.

§ 3 DAS WEISUNGSRECHT

A. Das Weisungsrecht als unerläßliches Beherrschungsmittel

Bei der Interpretation des Aktiengesetzes von 1937 wurde allgemein angenommen ¹⁾, die Leitungsbefugnis in einem Konzern dürfe nur aufgrund eines Weisungsrechtes ausgeübt werden. Nach dieser Meinung, die, wenngleich nur von einer Minderheit, auch in bezug auf das geltende Aktienrecht vertreten worden ist ²⁾, wird die Durchsetzbarkeit des Willens der Obergesellschaft ausschließlich an das Vorhandensein eines Weisungsrechts geknüpft.

Zwei Grundüberlegungen haben zur Zurückweisung dieser wenig geglückten Auffassung geführt. Erstens: Die Ausübung der einheitlichen Leitung ist für den Konzerntatbestand wesentlich, für den in § 18 Abs. 1 S. 3 AktG erstmalig ³⁾ eine widerlegbare Vermutung aufgestellt wird. Die rechtlichen Folgen der Konzernierung werden aber schon mit der Nichtwiderlegung der Konzerntatbestandsvermutung verbunden, so daß sich die Forderung nach einer Grundlage für das Weisungsrecht erübrigt. Zweitens: Eine Weisungserteilung durch das herrschende Unternehmen ist bei Eingliederung oder beherrschungsvertraglichen Konzernbeziehungen vorgesehen, bei denen das Weisungsrecht ausdrücklich in §§ 323 bzw. 308 ff. AktG normiert wird, was

1) Gutjahr, S. 75 - 76; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 1

2) Dreger, S. 29; Möhring/Schwarz/Rowedder/Haberland, S. 278; Leo, Die AG 1965, 353/356.

3) Die entsprechende Vermutung in § 15 AktG 1937 war unwiderlegbar; dazu Meulenbergh, S. 22 ff.

jedoch bei nur faktischen Konzernverhältnissen nicht der Fall ist ¹⁾. Diese differenzierende gesetzliche Regelung läßt den Schluß zu, daß die Weisungsgebundenheit zwar eine potentielle, nicht aber eine begriffsnotwendige *conditio* der Leitungsmachtbefugnis im gesamten Konzernbereich darstellt ²⁾.

Es kommt vielmehr auf den Legitimationsgrund des Abhängigkeitsverhältnisses an. Liefert ein Beherrschungsvertrag (bzw. eine Eingliederung) die entsprechende rechtliche Grundlage, dann bildet *ex lege* die Weisungserteilung das einzige Mittel ³⁾, wodurch das herrschende Unternehmen seinen Willen bei der abhängigen AG durchsetzen kann.

B. Inhalt des Weisungsrechtes

Das Weisungsrecht wird ausgeübt, indem das herrschende Unternehmen dem Vorstand der Aktiengesellschaft eine Weisung erteilt. In diesem Zusammenhang sind zwei Gesichtspunkte, die zum Inhalt dieses Rechts gehören, auseinanderzuhalten. Diese betreffen einerseits seine formelle und ande-

1) Beim Fehlen einer Eingliederung oder eines Beherrschungsvertrages, d.h. bei sog. "faktischen" Konzernbeziehungen, liegt ein Weisungsrecht nicht vor. Das herrschende Unternehmen verfügt jedoch ohne weiteres über die "Weisungsmacht"; s. auch Beuthien, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionärsschutz, in: JuS 1970, 56. Es sei außerdem darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber im Rahmen der tatsächlichen Konzernverhältnisse in §§ 311 Abs. 1, 317 Abs. 1 statt von einer Weisung von einer "Einflußnahme" bzw. "Veranlassung" spricht; Halter, S. 174.

2) Halter, S. 173 - 174; Gutjahr, S. 80, kommt zu dem Schluß, die Konzernnormen zeigten deutlich, daß der Begriff der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung kein Weisungsrecht voraussetzt.

3) a.A. Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 39; Halter, S. 171: eine Beschränkung der Leitung nur auf Weisungen liefe dem Sinn und Zweck des § 308 AktG zuwider.

rerseits seine materielle inhaltliche Funktion ¹⁾. Aus formeller Sicht stellt das Weisungsrecht ein konzerninternes Machtdurchsetzungsinstrument dar, das mit der jeweils angeordneten Maßnahme nicht zu verwechseln ist. Die Ansicht, es werde dadurch aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Entscheidung für ein zentrales bzw. gegen ein dezentrales Leitungsmodell getroffen ²⁾, sollte man nur unter dem Vorbehalt in Erwägung ziehen, daß einer zentralen Leitung, was den juristischen Unterbau angeht, nichts im Wege steht. Daß die betriebswirtschaftliche Organisation in einem Konzern dezentral aufgebaut wird, mag andere Ursachen haben, als eine für die zentrale Leitungsgestaltung ungeeignete formelle Gestalt des Weisungsrechts.

Aus einem anderen Blickwinkel läßt sich der formelle Inhalt dieses Rechts auch anders ausdrücken. Die Leitungsmacht wird durch Weisungserteilung durchgesetzt, beschränkt sich aber auch auf diese. Ein Versuch des herrschenden Unternehmens, die Leitung der abhängigen Gesellschaft unmittelbar auf sich selbst zu übertragen, unter gleichzeitiger Beiseitesetzung des

1) Schauß, S. 40 ff.

2) Schauß, S. 40; Halter, S. 43 ff. Je größer das herrschende Unternehmen ist, desto dezentralistischer werde die Leitung ausgeübt und umgekehrt. Und auf S. 3: "Tendenziell trägt die einheitliche Leitung gewisse Züge der Zentralisierung in sich ...". Dazu meint auch Zietz, S. 52: Zur Durchsetzung der Konzernbelange ist es notwendig, daß die erforderlichen Maßnahmen von der Herrschaftsperson **zentral** und ohne Rücksichtnahme auf die möglicherweise auseinanderstrebenden Interessen der Einzelgesellschaft angeordnet werden können. Eine zentrale Lenkung der im Konzern zusammengefaßten Unternehmen nimmt auch Großfeld an, Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968, S. 13. So auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 135, der in bezug auf die multinationalen Konzerne zwischen einer zentralisierten Leitungsmacht und Leistungskontrolle und einer dezentralisierten Planung und Geschäftsführung unterscheidet. Emmerich/Sonnenschein, S. 63, weisen darauf hin, daß eine wenigstens partielle Zentralisierung bei der Konzernspitze eine unabdingbare Voraussetzung des Konzernbegriffes darstellt; Sonnenschein, J., Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 48.

Vorstands, hätte keinen beherrschungsvertraglichen Rechtfertigungsgrund ¹⁾. Insofern verbleibt durch die zwingende Regelung des § 308 Abs. 1 S. 1 AktG dem anderen Vertragsteil kein freier Raum, um den Vertrag anders zu gestalten.

Dem formellen Inhalt des Weisungsrechts steht sein materieller Gehalt gegenüber. Darunter versteht man bestimmte Leitungsmaßnahmen, die Gegenstand einer Weisungserteilung sein dürfen. Da nach § 308 Abs. 1 S. 1 AktG beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags dem herrschenden Unternehmen das Recht eingeräumt wird, dem Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft Weisungen zu erteilen, die sich auf die Leitung der Gesellschaft beziehen müssen, wie sie im ganzen Aktiengesetz und speziell in §§ 76 ff. AktG bestimmt wird, kann sich das materielle Weisungsrecht nicht über diesen Leitungsbereich hinaus erstrecken. Im Gegenteil, es beschränkt sich, wie unten unter E dargelegt werden wird, nur auf einen Teil ²⁾ der Zuständigkeiten des Vorstands einer unabhängigen Aktiengesellschaft.

C. Rechtsnatur des Weisungsrechts

Die rechtliche Natur des Weisungsrechts geht aus der Rechtsnatur seiner vertraglichen Grundlage hervor. Wie der Beherrschungsvertrag in seinem überwiegenden Charakter ³⁾ kein schuldrechtliches Synallagma darstellt, so kann auch das ihm entspringende Weisungsrecht (in seiner typischen Gestalt) nicht als schuldrechtlich angesehen werden.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 9; Knoblaue, S. 69 "... nur die Weisung ...".

2) a.M. Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 8.

3) Der Beherrschungsvertrag beinhaltet neben seinem primären organisationsrechtlichen Charakter auch schuldrechtliche Elemente, s. Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 25; s. auch oben S. 16 ff.

Es handelt sich vielmehr um ein körperschaftliches Organisationsrecht ¹⁾, das die Konkretisierung der Leitungszuständigkeiten in der Gesellschaft ermöglichen soll und demzufolge eine zusätzliche gestaltungsrechtliche Natur aufweist ²⁾. Die organisationsrechtliche Natur des "abstrakten" Weisungsrechts wird auch von denen anerkannt, die bei dem Beherrschungsvertrag zwei voneinander getrennte Vertragsteile, nämlich einen verfassungs- und einen schuldrechtlichen ³⁾, zu erkennen glauben.

Die Stellungnahme zur Rechtsnatur ⁴⁾ des Weisungsrechts hat lediglich theoretische Bedeutung im Gegensatz zur entsprechenden Einordnung des Beherrschungsvertrages als solchen ⁵⁾. Nicht nur Streitpunkte wie Vertragsauslegung oder Vertragsrevisibilität, sondern auch das Problem des Bestehens eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB sind Fragen, die als Konsequenzen aus der rechtlichen Natur des Beherrschungsvertrages und nicht des aus ihm abgeleiteten Rechtes folgen.

1) Um den von Würdinger hinsichtlich des Beherrschungsvertrages geprägten Ausdruck auf das Weisungsrecht zu übertragen.

2) Würdinger spricht von konstitutiver Wirkung, in: Großkommentar AktG, § 291, Anm. 11, während Praël den gestaltungsrechtlichen Charakter dieses Rechts an seinen Inhalt anknüpft, S. 73.

3) Straßberger, S. 32.

4) Zutreffend wird die Rechtsnatur des Weisungsrechts als körperschaftliche Zuständigkeit, mit der das Recht zur Ausübung der Leitung verbunden ist, charakterisiert, Langen, Diss., S. 49.

5) Vgl. oben § 2, A, II.

D. Tatbestand der Weisung

I. Begriffsbestimmung der Weisung

Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, den im AktG von 1965 erstmals eingeführten Weisungsbegriff näher zu bestimmen ¹⁾. Die Tatsache, daß auch § 665 BGB von einer "Weisung" spricht, ist für eine analoge Interpretation wenig hilfreich, da die Rechtsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem sich von denen zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen grundlegend unterscheiden ²⁾.

Um die Weisung begrifflich festzulegen, darf man sie nicht nur als eine Maßnahme der Herrschaftsmacht erfassen, sondern muß sie als Mittel der konzerninternen Kommunikation begreifen. Sie ist stets im Zusammenhang mit der Problematik der Verantwortung des herrschenden Unternehmens sowie unter dem Aspekt der Berücksichtigung der Interessen der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und ihrer Gläubiger zu sehen.

Würde also die Weisung ihrem allgemeinen Wortsinn nach ³⁾ nur als Ausdruck autoritärer Leitungsmacht angesehen werden, führte das zu einem Weisungsbegriff, der einem Befehl, einer nachdrücklichen Anordnung oder einem straffen Gebot gleichkäme. Das entspricht aber weder der gesetzlichen Auffassung noch der Konzernpraxis. Eine solche Weisungskonzeption würde praktisch nicht nur eine Hemmung der konzerninternen Funktionsfähigkeit, sondern auch eine Lähmung der Verantwortlichkeit der Herrschaftsperson

1) Knoblaue, S. 69.

2) Schaub, S. 40.

3) Halter, S. 169 sowie Fn. 3.

herbeiführen, und zwar durch die Einbeziehung eines grundsätzlich praxisfremden Begriffsmerkmals, welches, falls es in Ausnahmefällen vorhanden wäre, durch die abhängige Gesellschaft so gut wie unbeweisbar bliebe.

Aus einer näheren Betrachtung der betriebswirtschaftlichen Konzernorganisation geht jedoch hervor, daß das herrschende Unternehmen in der Tat über eine Vielzahl von milderen und durchaus effektvollen Durchsetzungsmöglichkeiten verfügt. Viele davon lassen sich unter einen extensiven Weisungsbegriff subsumieren. Die vorangegangenen Ausführungen lassen die Meinung Würdingers überzeugend erscheinen, der Begriff Weisung sei weit auszulegen, er umfasse jede einzelne Einflußnahme ¹⁾. Darauf beruht die Annahme, daß es völlig unmöglich ist, alle die Wege aufzuzeigen und zu beschreiben, auf denen in der Praxis Weisungsbefugnis ausgeübt wird ²⁾. Daraus ergibt sich folgerichtig der Schluß, daß im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln bleibt, ob eine Weisung vorliegt oder nicht ³⁾.

Trotzdem ist als typische Weisung jede Instruktion, jede Richtlinie, jede Anordnung, ja sogar jede Aufforderung des herrschenden Unternehmens zu betrachten, die in abstracto als verbindlich von einem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter erteilt angesehen werden kann, und die auch in concreto vom Vorstand so eingeschätzt worden ist. Ob sie vom Erteilenden auch als verbindlich gedacht war, ist jedoch, wie Geßler ausführt ⁴⁾, deshalb nicht begriffsnotwendig, weil eine solche Verbindlichkeit zum Schutz der abhängigen Aktiengesellschaft zu vermuten ist. Diese Lösung, die hinsichtlich der Erteilung unverbindlicher Empfehlungen in Übereinstimmung mit der

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 1; Semler, S. 131, Fn. 343 m.w.N.

2) Langen, S. 45.

3) Knoblaue, S. 71.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 12, wie auch Schaub, S. 41.

herrschenden Meinung steht, hat zwei Argumente für sich. Erstens können alle Weisungen einheitlich behandelt werden, gleichgültig, ob es sich nach Auffassung der Weisungsgeber um verbindliche Empfehlungen handelt oder nicht ¹⁾. Zweitens trägt sie zu einer gerechten Ausbalancierung der ungleichen Positionen der Weisungsbeteiligten bei der Haftungsfrage bei.

Die sog. unverbindliche Empfehlung wird unzutreffenderweise von einem Teil des Schrifttums nicht als Weisung anerkannt ²⁾. Allerdings wurde in der Begründung zu § 284 des Referentenentwurfs darauf hingewiesen, daß der unverbindliche Ratschlag nicht unter den Weisungsbegriff falle. Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß zwischen diesen beiden Begriffen ein Unterschied besteht, der eine differenzierende Regelung rechtfertigen würde. Sowohl eine unverbindliche Empfehlung als auch ein nicht verbindlich erteilter Ratschlag sind zum Schutz der abhängigen Gesellschaft unter den weit auszulegenden Weisungsbegriff zu subsumieren, sofern ihre Befolgung seitens eines ordent-

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 19: "Die Haftung der gesetzlichen Vertreter kann nicht davon abhängen, wie sie ihre Empfehlung gemeint haben. Maßgebend ist, wie sie der Vorstand der Gesellschaft nach ihrer Erklärung verstehen mußte" m.w.N. Semler begnügt sich auch in der Definition der Weisung mit der Annahme des durch sie Beeinflußten, daß ihre Befolgung vom herrschenden Unternehmen erwartet wird, S. 131 Fn. 343; abweichend Schauß, S. 41.

2) So z.B. Knoblaue, S. 71, der zwischen Weisung und unverbindlicher Empfehlung differenziert; Schauß, S. 41: "Jedoch werden ... weder eine in die Form der unverbindlichen Empfehlung gekleidete Weisung den Anforderungen des § 308 Abs. 1 S. 1 genügen": a.A. richtig Wilhelm, S. 83.

lichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu erwarten ist. Nur so wird es dem Weisungsgeber verwehrt, sich durch geschickte Formulierung der erteilten Maßnahme von vornherein der Verantwortung zu entziehen ¹⁾.

Bemerkenswert ist ferner, daß der Gesetzgeber beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages die Verwendung des Weisungsbegriffes konsequent vermeidet und statt dessen in §§ 311 ff. AktG vom "Einfluß" des herrschenden Unternehmens spricht, durch den die abhängige Gesellschaft zur Handlung oder Unterlassung "veranlaßt" wird. Hieraus werden unterschiedliche Schlüsse gezogen:

Eine Meinung schließt aus dem Formulierungsunterschied auf inhaltliche Verschiedenheit. Danach sind "Veranlassung" bzw. "Einflußnahme" begrifflich umfassender ²⁾ als "Weisung". Die Benutzung verschiedener Termini sei sogar auf die Sorge des Gesetzes zurückzuführen, Auslegungsschwierigkeiten und Umgehungsmöglichkeiten zu verhindern und die Möglichkeit zu erschweren, daß sich das herrschende Unternehmen der Verantwortung zu entziehen versucht ³⁾. Danach fällt unter den Begriff der Veranlassung jede (vorsätzliche) Einflußnahme des herrschenden Unternehmens auf die Mitglieder der Verwaltung oder die Arbeitnehmer der abhängigen Gesellschaft, die das Ziel verfolgt, sie zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Die

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 19. Die richtige Behauptung Geßlers, nach der als Weisung auch ein mehr oder weniger unverbindlicher Wunsch anzusehen ist, ergibt sich außerdem aus Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 46; a.A. Schauß, S. 41, auf S. 42 jedoch erkennt er eine Ausdehnung des Weisungsbegriffes an.

2) Knoblaue, S. 70; a.A. Neuhaus, S. 17 f.

3) Knoblaue, ebd.; auch Schauß, S. 40; Zietz, S. 59.

Einflußnahme muß also für das Verhalten der abhängigen Gesellschaft kausal geworden sein. Hingegen spielen die Formen, in denen sich die Einflußnahme vollzieht, keine Rolle ¹⁾.

Es ist jedoch problematisch, ob als Veranlassung im Sinne der §§ 311 ff. AktG eine größere Zahl einflußnehmender Maßnahmen anerkannt werden kann und inwieweit der formale Vergleich zwischen den beiden gesetzlichen Ausdrücken einen Beitrag zur Bestimmung des Weisungsbegriffs zu leisten vermag. Denn beide erfassen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen jede Art von Einflußnahme, die zu dem Zweck erfolgt, bei der abhängigen Gesellschaft eine Reaktion auszulösen ²⁾. Eine Weisung ist eher eine durch den Beherrschungsvertrag "legalisierte" als eine inhaltlich verkürzte Einflußnahme der Herrschaftsperson. Es ist einfach auf die formelle Tatsache des Abschlusses des Beherrschungsvertrages und auf die Unterscheidung des Gesetzgebers zwischen vertraglichen und tatsächlichen Konzernverhältnissen zurückzuführen, daß eine Weisung nur im Rahmen eines Vertragskonzerns im Gesetz vorkommt ³⁾. Aus der Konzernpraxis ergibt sich zudem, daß ein Beherrschungsvertrag fast immer aufgrund einer schon bestehenden tatsächlichen Konzernbeziehung abgeschlossen wird.

1) Emmerich/Sonnenschein, 2. Aufl., S. 208.

2) Langen, Diss., S. 44; a.M. Glaser aaO., S. 116, der annimmt, daß der nicht gleichartige Sprachgebrauch des Gesetzgebers auf seine unterschiedliche Einstellung dem faktischen und dem vertraglichen Konzern gegenüber zurückzuführen sei. Anders als beim Vertragskonzern nämlich dürfe das herrschende Unternehmen beim faktischen Konzern eine "einseitig egoistische" Einflußmöglichkeit auf die abhängige Gesellschaft ausüben und es brauche sich nicht nur auf die Leitung der beherrschten Gesellschaft zu beschränken.

3) Dierdorf, S. 112; so auch Neuhaus, S. 18 und 99 - 100; a.A. v. Godin/Wilhelmi, § 311, Anm. 1, die den Begriff "Veranlassung" als einen Oberbegriff im Verhältnis zu der "Weisung" verstehen.

Die konträre Meinung würde zu den folgenden absurden Ergebnissen führen. Erstens: Durch den Abschluß eines Beherrschungsvertrages würde das bisher tatsächlich herrschende Unternehmen eine durch die engere Definition der Weisung bedingte Einschränkung seiner Einflußmöglichkeiten selbst auf sich ziehen. Zweitens: Die Absicht des Gesetzgebers, die Bildung vertraglicher Konzerne zu fördern, könnte dadurch wesentlich unterlaufen werden ¹⁾. Drittens: Einem Vertragskonzern würden weniger Einflußmöglichkeiten zuerkannt werden, obwohl bei ihm im Verhältnis zum tatsächlichen Konzern die Interessen der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und ihrer Gläubiger wesentlich besser durch die §§ 300 ff. AktG berücksichtigt werden.

Eine Weisung wird häufig speziell, d.h. isoliert für eine einzelne Leitungsmaßnahme erteilt, gleichgültig, ob diese Maßnahme einmalig ist oder mehrmals innerhalb einer bestimmten Zeitperiode bzw. bis zum Weisungswiderruf ausgeführt werden soll. Ebenso ist aber auch eine generelle Anweisung möglich, die eine größere Zahl von Geschäften zum Gegenstand hat, die der Verwirklichung eines bestimmten Leitungsplanes dienen ²⁾.

1) Der Gesetzgeber zieht offenbar ein beherrschungsvertragliches einem "faktischen" Abhängigkeitsverhältnis vor und begünstigt dementsprechend die vertragliche Konzernbildung, nicht nur wegen der Garantien in §§ 300 ff. für die abhängige AG, sondern auch, weil eine auf vertraglicher Basis beruhende Konzernbeziehung aufgrund des § 294 AktG der Öffentlichkeit immer zugänglicher bleibt, Baumbach/Hueck, ebd., vor § 308; der Referentenentwurf sah anfangs sogar eine Untersagung faktischer Konzerne vor. Wegen der Schwierigkeiten bei der Realisierung eines solchen Verbotes ging der Entwurf schließlich andere Wege, Begründung RegE, Kropff, S. 375.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 13.

In beiden Fällen aber soll sie so konkret wie möglich formuliert sein ¹⁾, nicht nur um als Weisung qualifiziert und befolgt werden zu können, sondern auch, weil das im Interesse sowohl der Herrschaftsperson als auch einer reibungslosen Kooperation im Konzern liegt. Eine Anordnung etwa, nach der der Vorstand das Wohl des Konzerns bei jedem Geschäft zu beachten und zu fördern hat, kann mangels konkreter Bestimmbarkeit nicht als Weisung angesehen werden ²⁾.

II. Widerlegbare Vermutung

Die Konkretisierung der angeordneten Maßnahme läßt sich jedoch in der Praxis nicht immer erreichen, so daß es manchmal zweifelhaft sein wird, ob ein vom Vorstand der Aktiengesellschaft ausgeführtes und im Konzerninteresse liegendes Geschäft das Ergebnis eigener Initiative darstellt oder ob es in Erfüllung einer erteilten Weisung vorgenommen wird. Andererseits würde die Forderung nach rigoroser Bestimmtheit die innere Funktionsfähigkeit des Konzerns in beträchtlicher Weise beeinträchtigen und den innerkonzernlichen Geschäftsverkehr ungebührlich verlangsamen.

Für die Feststellung der Ursachen für nicht im Interesse der abhängigen Gesellschaft vorgenommene Maßnahmen sind in einem Konzern wegen der verschiedenen unternehmerischen Verflechtungen und der kollidierenden Interessen die Zusammenhänge besonders undurchsichtig. Zur Aufklärung können weder der Gesetzeswortlaut noch ein extensiv ausgelegter Weisungsbegriff befriedigend beitragen. Da diese Frage systematisch in Verbindung

1) Klare Angaben und eindeutig bestimmte Anordnungen fordert auch Schaub von einer Weisungserteilung, aaO., S. 40.

2) Knoblaue, S. 71.

mit der Kausalität für die Entstehung des Schadensersatzanspruches im Rahmen des § 309 AktG gesehen werden muß, ist sie auch in Übereinstimmung mit dieser zu beantworten.

Abhilfe kann hier nur die Einräumung einer widerlegbaren Vermutung zugunsten der abhängigen Gesellschaft schaffen, wonach im Zweifelsfall jede im Konzerninteresse oder auch nur nicht in ihrem eigenen Interesse erfolgte Geschäftsmaßnahme auf einer Weisung des herrschenden Unternehmens beruht ¹⁾. Die auch von Befürwortern dieser Meinung de lege lata geäußerten Bedenken lassen sich im Hinblick auf die in § 18 Abs. 1 S. 2 AktG eingeführte unwiderlegbare Vermutung zerstreuen. Wo das Gesetz bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags eine Zusammenfassung der Unternehmen unter einheitlicher Leitung als Konzern unwiderleglich vermutet, darf das Bestehen einer zumindest widerlegbaren Vermutung angenommen werden, daß auch im Einzelfall von dieser einheitlichen Leitung durch Erteilung von Weisungen Gebrauch gemacht wird ²⁾.

Das bedeutet, daß der Vorstand der Aktiengesellschaft sich auf einen bloßen Hinweis auf die Ausführung eines im Konzerninteresse liegenden Geschäfts beschränken kann, während das herrschende Unternehmen, um die Vermutung zu widerlegen, beweisen muß, daß es keine entsprechende Weisung erteilt hat.

Die Anerkennung einer solchen Vermutung dient primär dem das ganze Konzernrecht durchziehenden Ziel, die ungleichen Rechtspositionen zwischen herrschendem und beherrschtem Unternehmen auszugleichen. Ferner

1) Schauß, S. 44 - 45; so auch Langen; in: DB: 1977, 153; mit der gleichen Argumentation auch Emmerich/Sonnenschein, 2. Aufl., S. 209 in bezug auf tatsächliche Konzernverhältnisse; für die Veranlassungsvermutung Bachelin, S. 65.

2) Bachelin, S. 62.

aber nützt sie auch dem Konzern im ganzen und dementsprechend seiner Herrschaftsperson, deren Weisungen schneller und leichter ausgeführt werden sollen. Denn die abhängige Gesellschaft ist dann nicht mehr darauf angewiesen, nur ganz konkrete und entsprechend nachweisbare Anordnungen zu verwirklichen. Die verbesserte prozedurale Stellung ihres Vorstands erlaubt ihm, seine auf § 308 Abs. 2 S. 1 AktG beruhende Folgepflicht leichter zu erfüllen. Das Gegenargument, daß der Vorstand der beherrschten AG wegen der Erleichterung durch die genannte Vermutung eher bereit sein wird, jede Weisung ungeprüft zu befolgen, überzeugt nicht, denn diese Möglichkeit wird durch die Haftung nach § 310 AktG wirkungsvoll verhindert.

III. Form der Weisung

Von der Forderung nach einer bestimmten Form der Weisung hat der Gesetzgeber abgesehen. Er hat auf die Konzernpraxis abgestellt, deren (flexible und formlose) Entfaltung vorrangig auf einen reibungslosen, an den Marktanforderungen orientierten Geschäftsverkehr angewiesen ist. Daher gilt grundsätzlich Formfreiheit der Weisung, denn in der Praxis wird nur ein Bruchteil der zu treffenden geschäftlichen Entscheidungen in formellen Verhandlungen beschlossen, und auch von diesen dringt wieder nur ein Teil über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinaus ¹⁾. Zum größten Teil werden die entsprechenden Anordnungen formlos in mündlichen oder lediglich telefonischen ²⁾ Besprechungen erteilt. Eine in den Beherrschungsvertrag einzubeziehende Vereinbarung der Parteien über die schriftliche Form der Weisung würde zwar die Verkehrssicherheit fördern und der Rechtsklarheit im Streitfalle dienen, sie wäre aber für das herrschende Unternehmen eine lästige Einschränkung seiner Machtausübung und sie hätte deswegen wenig

1) Rasch, Konzernrecht, 5. Aufl., S. 110.

2) Bachelin, S. 63; für die Formlosigkeit der Weisung spricht sich auch Halter, S. 171, aus.

Chancen, von dem schwächeren Vertragspartner allein durchgesetzt zu werden. Dem Argument, nach dem eine solche Vertragsklausel nicht nur einer repressiven, sondern auch einer präventiven Kontrolle seitens der außenstehenden Aktionäre zugute käme, kann nicht zugestimmt werden, denn auch im Falle schriftlicher Weisungserteilung ist diese nur dem Vorstand zugänglich¹⁾. Wegen mangelnder Einsichtsmöglichkeit der außenstehenden Aktionäre in die interna corporis des Konzerns und wegen der Formlosigkeit der Weisungserteilung bleibt ihnen als Ausweg nur, möglichst von ihrem Auskunftsrecht Gebrauch zu machen. Daß die Weisung unter den Begriff einer rechtlichen oder geschäftlichen Beziehung der (abhängigen) Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen nach § 131 Abs. 1 S. 2 AktG subsumiert werden kann, ist unumstritten. Es ist darauf hinzuweisen, daß der Vorstand die verlangte Auskunft nicht aufgrund des § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG verweigern darf mit der Begründung, es würde dadurch der Gesellschaft ein nicht unerheblicher Nachteil zugefügt, weil dieses Risiko nach § 302 AktG das herrschende Unternehmen zu tragen hat²⁾. Im Falle einer gerichtlichen Entscheidung über das Auskunftsrecht gemäß § 132 AktG kann sich für den Kleinaktionär die widerlegbare Weisungsvermutung als von erheblichem Nutzen erweisen.

E. Umfang des Weisungsrechts

Unter "Umfang des Weisungsrechts" wird sein materieller Gehalt verstanden, mit anderen Worten die Antwort auf die Frage, auf welche Bereiche aus dem Zuständigkeitspektrum des Vorstands einer unabhängigen Aktiengesellschaft dieses Recht sich erstreckt.

1) Bachelin aaO.

2) Ähnlich Bachelin, S. 64, in bezug auf die tatsächlichen Konzernbeziehungen.

Im Ansatz wird in der Theorie davon ausgegangen, daß die Tragweite des Weisungsrechts sich nicht wie im Referentenentwurf des Aktiengesetzes nur auf wesentliche Fragen der Geschäftsführung beschränkt, sondern daß sie den gesamten Bereich umfaßt, in dem der Vorstand die Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG zu leiten hat ¹⁾. Der Aussagegehalt dieses Satzes ist jedoch nur relativ, was auf interpretatorische Uneinigkeit hinsichtlich des Geschäftsführungsbegriffes zurückzuführen ist ²⁾.

Um diese Relativität aufzuzeigen, ist von einer Dreiteilung der Leitung des Vorstands nach § 76 AktG auszugehen, und zwar in Vertretungsmacht, Geschäftsführung und innerkorporative Zuständigkeit. Dementsprechend ist nachzuprüfen, inwieweit diese Leitungsbefugnisse vom Weisungsrecht erfaßt werden können ³⁾.

Unumstritten bleibt die Vertretungsmacht ausschließlich dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft vorbehalten ⁴⁾. Durch die §§ 78 und 82 Abs. 1 AktG wird er insoweit gegen ein unmittelbares Eingreifen der Herrschaftsperson abgeschirmt, so daß das herrschende Unternehmen nur im Innenverhältnis zwischen den beiden Beteiligten zur Weisungserteilung legitimiert wird. Die Verwirklichung der Weisung dringt in die Außenwelt nur durch den Vorstand. Dessen Verdrängung durch die gesetzlichen Vertreter der Muttergesellschaft würde praktisch die ausdrücklich vom Gesetz respektierte

1) §§ 270 Abs. 1 Nr. 5, 283 RefE; Rehbindner, S. 235; Schauß, S. 46 m.w.N.; Dierdorf, S. 109; Knoblaue, S. 51 und 66; diese Formulierung des RegE des AktG bezeichnet Brachvogel mit Recht als mißverständlich, aaO., S. 48.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 40 m.w.N.; über die Begriffe der "Leitung", der "Geschäftsführung" und der "Vertretung" des Vorstands, Semler, S. 7 ff. m.w.N.

3) Knoblaue, S. 52.

4) So auch ausdrücklich Glaser, S. 48; Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 327.

selbständige juristische Persönlichkeit der Tochtergesellschaft durchbrechen. Die Autonomie, welche der juristischen Person institutionell im Rahmen der Konzernierung zuerkannt wird, ginge dabei so gut wie ganz verloren ¹⁾.

Daran ändert auch die Auffassung nichts, daß ein mittelbarer Einfluß des herrschenden Unternehmens auf die Vertretung der Gesellschaft bestehe, weil jeder Akt der Vertretung sich im Verhältnis zur Gesellschaft als Maßnahme der Geschäftsführung darstellt ²⁾. Der Herrschaftsperson bleibt gleichwohl die Vertretungsbefugnis als solche verschlossen, denn die jeweils angeordnete Maßnahme bezieht sich eben nur auf die Geschäftsführung, während der Vertretungsakt des Vorstands deren rechtlich davon klar unterschiedenen Vollzug bildet.

Die Geschäftsführung, von ihrer rein organisatorischen Seite abgesehen, stellt dagegen das Hauptfeld dar, in dessen Rahmen die Weisungsmacht unbestritten anerkannt wird. Sie umfaßt die gesamte Führung des von der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmens, wie z.B. die Personalpolitik, Ein- und Verkaufssysteme, Maßnahmen für die Forschung und den Absatz sowie die Beschaffung von Rohstoffen und deren Sicherung, die Preisbestimmung und die Marktstrategie, die Finanz-, Kredit- und Investitionspolitik und auch die technischen Rationalisierungsmaßnahmen. Hinsichtlich dieser Funktionen, ihrer Planung, der Beschlußfassung darüber und deren Ausführung unterliegt der Vorstand dem Weisungsrecht ³⁾.

1) Langen, S. 54.

2) Knoblauch, S. 53.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 40.

Für den Weisungsumfang ist im Schrifttum umstritten, ob dabei wirtschaftlich über das Vermögen der abhängigen Aktiengesellschaft verfügt werden darf¹⁾. Soweit gleichzeitig ein Gewinnabführungsvertrag besteht, wie das in der Praxis sehr oft zutrifft²⁾, ist jeder Zweifel in dieser Hinsicht beseitigt. Die Problematik tritt vielmehr nur im Rahmen eines isolierten Beherrschungsvertrages auf. Auch hier ist aber mit der h.M.³⁾ ein weiterer Weisungsspielraum anzuerkennen, der etwa die Aufnahme von Darlehen bei dem beherrschten Unternehmer zur Finanzierung von Investitionen der Obergesellschaft genauso problemlos zuläßt wie auch das Abziehen liquider Mittel von ersterer, um sie dort einzusetzen, wo es nötig ist oder wo ein größerer Erfolg erwartet wird⁴⁾.

Dieser Meinung ist hauptsächlich deshalb zuzustimmen, weil die mit dem Beherrschungsvertrag verbundenen Vermögenssicherungen und Garantien dieselben sind wie beim Gewinnabführungsvertrag, so daß als Regel gelten

1) Eine Dispositionsmacht der Konzernleitung über Vermögensrechte der Konzernunternehmen lehnt Gutjahr als begriffsnotwendiges Element der einheitlichen Leitung und des Weisungsrechtes ab, Gutjahr, S. 80 ff.

2) Von 287 Beherrschungsverträgen waren nach der von Hüchting geführten Statistik 237 mit einem Gewinnabführungsvertrag verbunden (Emmerich/Sonnenschein, 2. Aufl., S. 102 Fn. 6); vgl. auch die statistischen Hinweise bei Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Vorb. zu § 291; "denn eine offizielle Statistik über den Bestand an Unternehmensverträgen wird nicht geführt".

3) Würdinger, Großkommentar AktG, § 308, Anm. 10; sowie Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 291, Anm. 15; Kölner Kommentar, § 308, Anm. 9 und 10; Schaub, S. 46 - 47; Knoblaue, S. 53.

4) Würdinger, Großkommentar AktG, § 308, Anm. 10.

kann, daß jener Vermögensüberschuß, welcher das nach §§ 300 - 302 AktG bilanzmäßig zu erhaltende Gesellschaftsvermögen übersteigt, auch mittels Weisung transferiert werden kann ¹⁾.

Über das Problem, ob das Weisungsrecht sich auch auf die Zuständigkeiten des Vorstands mit organisatorischem Charakter erstreckt, sich also auch auf die innerkörperschaftliche Gesellschaftsorganisation bezieht, herrscht in der Theorie keine Übereinstimmung ²⁾. Die h.M. bejaht die Frage mit dem Argument, daß das Gesetz im organisatorischen Bereich meist zwingende Regeln aufstellt, an die der Vorstand der abhängigen Gesellschaft ohnehin gebunden ist, und damit große Teile des organisatorischen Bereichs kraft Gesetzes "weisungsimmun" sind ³⁾.

Nach einer anderen Auffassung, die aber zum selben Ergebnis kommt, befände man sich auf dem falschen Weg, wenn man dieses Problem als einen Weisungsumfang betreffendes ansehen würde. Es handele sich lediglich um eine Haftungsfrage, denn man könnte im Einzelfall nur nachprüfen, ob die Schranken aus § 309 AktG überschritten worden sind. Man braucht also diesbezüglich eine unzulässige rechtswidrige Einflußnahme nicht zu befürchten, weil eine solche die Verantwortlichkeit der Herrschaftsperson auslösen würde ⁴⁾. Diese Argumentation trägt jedoch wenig zu einer präzisen Grenzziehung zwischen Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei. Denn ganz abgesehen von der allgemeinen Einsicht, daß die Rechtslage von vorn-

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 10; Gutjahr, S. 81; Würdinger, Eingliederung und Beherrschungsvertrag, in: FS für Pieter Sanders, S. 259 ff. (264).

2) Insofern trifft die Behauptung nicht zu, diese Frage sei endgültig entschieden; Schauß, S. 47.

3) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 8; ähnlich auch Glaser, S. 24 Fn. 3; Halter, S. 187; Exner, S. 101 ff.

4) Zietz, S. 57 f.

herein um so unklarer wird und um so mehr repressive (und nicht immer effektive) Maßnahmen ergriffen werden müssen, je mehr Sachverhalte nur als Haftungsfrage angesehen werden, bezieht diese Meinung demnach zumindest indirekt Stellung zum Weisungsumfang, ohne dies hinreichend zu begründen.

Indem sie behauptet, dies sei nur eine Haftungsfrage, bejaht sie schon die Möglichkeit des Eingriffs des herrschenden Unternehmens in den organisatorischen Bereich der Gesellschaftsführung - und zwar vorbehaltlos. Zudem liefert sie bloß eine Selbstverständlichkeit, nämlich die Anwendbarkeit der Haftungsvorschriften als Ansatz für ihre Argumentation. Hier geht es aber primär nicht um die Verantwortlichkeit, sondern - und insofern verweigert diese Ansicht einen Beitrag zur Klärung - um den materiellen Gehalt der Weisung.

Eine andere Meinung versucht ¹⁾, den Weisungsumfang nach dem Kriterium des anzustrebenden wirtschaftlichen Erfolges der angeordneten Maßnahmen zu bestimmen und solche Weisungen auszuschließen, bei denen die Tätigkeit des Vorstands ohne Auswirkungen auf das Konzernwohl ist. Der darin enthaltene Vorschlag, die dem organisatorischen Ablauf des Gesellschaftslebens dienenden Maßnahmen vom Weisungsrecht auszuschließen, ist zwar richtig, doch scheitert diese Ansicht an der mangelnden Praktikabilität des angewandten Unterscheidungsmerkmals ²⁾.

1) Brachvogel, S. 48. Es ist bemerkenswert, daß die Richtigkeit dieser Untersuchung auch von ihren Gegnern akzeptiert wird; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 8

2) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, aaO.; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 45.

Wegen der Schwierigkeit eines einheitlichen Kriteriums ist es geboten, sich an einer exemplarischen Umfangsbestimmung der Weisung zu orientieren ¹⁾, wobei trotz der herrschenden Lehre davon ausgegangen werden soll, daß innergesellschaftliche organisatorische Vorstandsaufgaben, bzw. alle Maßnahmen, für die nicht ausschließlich der Vorstand zuständig ist, nicht in das Weisungsrecht einbezogen werden ²⁾.

Demzufolge unterliegen, worauf schon Geßler ³⁾ zutreffend hinweist, dem Weisungsrecht keine Maßnahmen über:

- a) die Einberufung der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft ⁴⁾,
- b) die Ansetzung einer bestimmten Tagesordnung ⁵⁾,
- c) die Vorbereitung von Satzungsänderungen,
- d) die Kapitalbeschaffung und -herabsetzung,
- e) die Vorbereitung und der Abschluß von Verträgen, zu deren Wirksamkeit die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist,

1) Knoblauch, S. 65 ff., der schließlich zu dem Ergebnis kommt, daß es vom Einzelfall abhängt, für welche innenkorporativen Vorstandszuständigkeiten ein Weisungsrecht angenommen werden darf.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 41; a.A. Glaser, S. 24 Fn. 3.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 42.

4) a.M. Schaub, S. 48; Zietz, S. 56; Baumbach/Hueck, § 308, Rdnr. 2.

5) Schaub aaO.

- f) die Aufstellung des Jahresabschlusses, bei der jedoch das Weisungsrecht die Ausübung von Wahlrechten und die Bestimmung der Höhe des nach § 58 Abs. 2 AktG in freie Rücklagen zu stellenden Betrages erfaßt ¹⁾,
- g) schließlich darf auch nicht die Anrufung der Hauptversammlung in Fragen der Geschäftsführung angeordnet werden. Die Herrschaftsperson ist auf die Geltendmachung ihrer Rechte nach § 122 AktG angewiesen ²⁾. Die konträre Meinung ist abzulehnen, weil sie die Umgehung der Verantwortung herbeiführt durch die Möglichkeit der Hauptversammlung, über eine Sache zu entscheiden, welche durch das Weisungsrecht geregelt werden könnte.

F. Problem der Weisungspflicht

Der Beherrschungsvertrag greift in die gesetzmäßige Organisation der abhängigen Aktiengesellschaft derart ein, daß das herrschende Unternehmen mit seiner organähnlichen Funktion dem Vorstand übergeordnet ist und seinen Geschäftsführungswillen gestalten darf. In bezug auf diesen Eingriff in Gesellschaftsinterna ist die Frage aufgeworfen worden, ob die herrschende Person nicht nur weisungsberechtigt, sondern auch weisungspflichtig sei.

Diese Frage wird, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen ³⁾, in der Theorie ganz überwiegend verneint. Dem herrschenden Unternehmen wird somit ein

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 44; a.A. Exner, S. 106.

2) a.A. Schauß, S. 48; Baumbach/Hueck aaO.

3) Halter, S. 178, nimmt eine Weisungspflicht "in Ausnahmefällen" an. Für eine Leitungspflicht plädieren dagegen Hommelhoff, S. 419; Kropff, ZGR 1984, 112 ff. (114); Semler, S. 107; Timm, S. 357; Schneider, BB 1981, S. 249 ff.

Weisungsrecht ohne gleichzeitige Auferlegung einer Weisungspflicht zustanden.

Die Begründungen für diese Ansicht variieren. Eine Auffassung ¹⁾ begnügt sich mit dem Hinweis auf den Gesetzeswortlaut "berechtigt" (bzw. "Berechtigung") in § 308 Abs. 1 S. 1 AktG. Dagegen verneint eine andere Meinung ²⁾ eine Weisungspflicht des herrschenden Unternehmens aus grundsätzlichen Erwägungen in Anbetracht der nach dem Beherrschungsvertrag gebildeten Rechtsposition der Herrschaftsperson und ihrer Stellung der Aktiengesellschaft gegenüber ³⁾. Würde nämlich durch den Beherrschungsvertrag dem herrschenden Unternehmen eine Organstellung in der Aktiengesellschaft eingeräumt, wäre die Weisungspflicht das folgerichtige Korrelat. Seine Rechtsstellung ist aber wie bereits dargelegt ⁴⁾ nur als organähnlich, genauer gesagt, vorstandsähnlich, zu qualifizieren.

Die Frage ist unverkennbar nicht nur von theoretischem Interesse. Ihre praktische Bedeutung offenbart sich in der Regelung der Haftungsfrage.

Dem herrschenden Unternehmen wird rechtlich weder eine Kontroll- noch eine Koordinationsrolle eingeräumt. Es ist nicht verpflichtet, die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft zu überwachen und einzugreifen, wenn nichts unternommen wird oder die getroffenen Maßnahmen von der allgemeinen Konzernpolitik abweichen ⁵⁾. Deswegen haftet es grundsätzlich nicht nach § 309 AktG wegen Nichterteilung einer Weisung ⁶⁾. Der konträren Meinung

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 3; § 309, Anm. 3.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 61.

3) So auch Knoblaue, S. 79.

4) Oben § 2, B, II.

5) Knoblaue, S. 80.

6) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 61 f.

Würdingers ¹⁾, nach der auch bei Untätigkeit des herrschenden Unternehmens, die zu einem Schaden führt, Ersatzpflicht vorliegt, ist infolgedessen nicht zuzustimmen, geschweige denn der Auffassung von Halter ²⁾, der mit seinen Überlegungen so weit geht, daß er durch die Hintertür einer übereinstimmenden allgemeinen Konzernpolitik praktisch eine Weisungspflicht für die Herrschaftsperson einführt.

Beachtung verdient hingegen der von Geßler ³⁾ als Kompromißlösung vorgeschlagene mittlere Weg, der allerdings nicht als echte Ausnahme von der Nichtverantwortlichkeit anzusehen ist. Geßler weist zutreffend darauf hin, daß dann eine Weisungspflicht besteht, wenn das herrschende Unternehmen von seiner Leitungsmacht schon durch Weisungserteilung Gebrauch gemacht hat und der Gesellschaft oder einem Konzernunternehmen nunmehr aus dieser Weisung ein Schaden zu entstehen droht, den die Herrschaftsperson bei der Erteilung der Weisung nicht vorausgesehen hat. Diese letztere Voraussetzung ist erforderlich, denn sonst würde jede nach § 308 Abs. 2 S. 2 AktG zulässige, für die Aktiengesellschaft aber nachteilige Weisung eine neue Anordnung erfordern, um den Schaden abzuwenden.

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 3. Demgegenüber bestreitet Würdinger in: Aktienrecht, 4. Aufl., S. 326 - 327, dem herrschenden Unternehmen jede Leitungspflicht. Diese nicht konsequente Auffassung wird von Semler, S. 109 Fn. 268 mit Recht kritisiert.

2) Halter, S. 177 - 178.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 62. Es wird darauf hingewiesen, daß diese Meinung mit den Schwierigkeiten der Kausalität zwischen erteilter Weisung und drohendem Schaden verbunden ist; zu demselben Schluß kommt auch Glaser, wenn er in bezug auf die Treuepflicht des herrschenden Unternehmens nach § 242 BGB meint, daß dieses auch die Pflicht trifft, eine Weisung, die sich nachträglich als schädlich erwiesen hat, unverzüglich zu widerrufen, S. 90 und S. 127; zustimmend wohl auch Semler, S. 109 Fn. 270.

G. Verhalten des Vorstands der abhängigen Aktiengesellschaft im weisungsfreien Raum

Ein mit dem Nichtbestehen einer Weisungspflicht unmittelbar zusammenhängendes Problem betrifft das Verhalten des Vorstands der Aktiengesellschaft beim Fehlen von Weisungen, also dann, wenn er nach eigenem Ermessen die Entscheidung über die Leitung der Gesellschaft trifft. Hier stellt sich die Frage, ob der Vorstand bei der Auswahl der zu treffenden Maßnahmen primär die Interessen seiner Gesellschaft berücksichtigen muß oder ob er dem evtl. damit kollidierenden Konzerninteresse den Vorrang einzuräumen hat. Insoweit werden zwei verschiedene Auffassungen vertreten.

Die Meinung, nach der die Konzernbelange auch im weisungsfreien Raum vom Vorstand verfolgt werden müssen ¹⁾, wird mit folgenden Argumenten begründet. Erstens: Durch den Beherrschungsvertrag unterstellt die abhängige Gesellschaft ihre Leitung im ganzen dem herrschenden Unternehmen, also nicht nur insoweit, als dieses auch tatsächlich im Einzelfall Weisungen erteilt. Das kann jedoch aus zwei Gründen nicht überzeugen. Zum einen entspricht, wie oben ²⁾ gezeigt, diese angebliche "Leistungsunterstellung im ganzen" nicht dem Wesen des Beherrschungsvertrages, ist selbst mißverständlich ³⁾ und stellt das Ergebnis einer mit der Lehre nicht übereinstimmenden Auslegung des Begriffes der Geschäftsführung dar ⁴⁾. Zum anderen würde auch eine Leistungsunterstellung im ganzen nicht Unterstellung mit und ohne Weisung bedeuten, sondern lediglich, daß eine Weisung in jedem Leitungsbereich erteilt werden kann. Als zweites Argument wird angeführt, daß die

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 23, 24; Halter, S. 174 - 176; Neuhaus, S. 109 - 110.

2) Oben § 2, A, II.

3) Brachvogel, S. 48. Vgl. unten S. 126 ff.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 40.

abhängige Gesellschaft auch dem umfassenden Wirtschaftsplan der Konzernspitze unterzuordnen sei und es anderenfalls dem Zufall überlassen bliebe, nach welchen Gesichtspunkten und unternehmerischen Vorstellungen die Gesellschaften geleitet würden. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Verwirklichung des Wirtschaftsplanes hauptsächlich Sache der Konzernspitze ist und nicht der Vorstände der abhängigen Aktiengesellschaften, denen nicht selten der Überblick fehlt ¹⁾, abgesehen davon, daß nur die Konzernspitze über die Mittel dazu (zu denen auch die Weisung gehört) verfügt. Es ist schließlich übertrieben, zu behaupten, daß eine konzernverbundene Aktiengesellschaft entweder durch Weisung oder bei deren Fehlen nur durch Zufall geleitet wird. Die Berücksichtigung eigener gesellschaftlicher Interessen darf nicht als Zufall unterbewertet werden. Als drittes Argument führt die gleiche Meinung einen sehr vagen Begriff ein, nämlich das "Konzernbewußtsein", das bei den abhängigen Aktiengesellschaften gebildet werden soll, damit sie auch ohne Weisung vorrangig den Konzernbelangen dienen können ²⁾. Dieses Konzernbewußtsein wird auf die Vorstellungen (!) der Konzernspitze gegründet. Diese Konstruktion würde jedoch, wäre sie zutreffend, zu einer Identitätsspaltung, ja sogar zu einem Identitätsverlust der abhängigen Aktiengesellschaft führen, die für sie lebensgefährlich sein könnte, besonders nach Beendigung des Beherrschungsvertrages. Im übrigen würde die Bindung an ein kontinuierlich wirkendes "Konzernbewußtsein" der sicherste Weg zur Durchsetzung des Willens der Herrschaftsperson auch ohne Weisungen sein mit der Folge einer völligen Ausschaltung ihrer Verantwortung nach § 309 AktG.

1) So wird auch von den Befürwortern dieser Meinung zugegeben (Halter, S. 180), daß die Vorstandsmitglieder der beherrschten Aktiengesellschaften häufig nicht hinreichend mit der übergeordneten Konzernplanung und den Zusammenhängen im Konzernverband vertraut sind.

2) Halter, S. 176; ähnlich auch Kort, S. 52 für die beherrschte GmbH, deren Eigeninteresse auch ohne konkrete Weisung hinter dem Konzerninteresse zurückzutreten hat.

Nach dem Gesagten ist dieser Meinung nicht zuzustimmen. Die konträre Auffassung, nach der der Vorstand im weisungsfreien Raum ausschließlich die Interessen seiner Gesellschaft zu berücksichtigen hat ¹⁾, erweist sich damit als zutreffend. Durch den Beherrschungsvertrag wird der Vorstand der Aktiengesellschaft beim Fehlen einer Weisung nicht als eigenverantwortliches Organ ausgeschaltet. Seine Leitungsbefugnis nach § 76 AktG und seine Verantwortlichkeit nach § 93 AktG werden nicht aufgehoben, sondern lediglich modifiziert. Sie bleiben uneingeschränkt bestehen, soweit keine Weisung erteilt wird ²⁾.

Einer "Pflicht" des Vorstands, seine Gesellschaft im Namen des Konzerninteresses zu schädigen, wird nur im Rahmen des § 308 Abs. 2, keinesfalls im weisungsfreien Bereich zugestimmt. Ferner braucht der Vorstand nicht einmal solche Leitungsmaßnahmen vorzuziehen, die im Konzerninteresse liegen und durch deren Ausführung das Gesellschaftsinteresse nicht geschädigt würde. Der Rechtfertigungsgrund dafür liegt darin, daß die Förderung der

1) So ausdrücklich Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 327; ausführlicher in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 2; Schauß, S. 31; auch Semler, S. 192, der als Handelsmaxime des nicht weisungsgebundenen Vorstands das Unternehmensinteresse seiner Gesellschaft ansieht und die konträre Meinung als unzutreffend ablehnt, da sie ohne Rechtsgrundlage Zuständigkeiten und Verantwortung verwischt.

2) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 2; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 74; Schauß, S. 104 - 106, S. 27; Zietz, S. 29.

Konzernbelange keine Vorstandsaufgabe darstellt. Diese gehört zum Aufgabenbereich des herrschenden Unternehmens, welches sich nicht nur de facto durch das Weisungsrecht dazu in der günstigsten Lage befindet ¹⁾.

Dieser freie Entscheidungsbereich des Vorstands erstreckt sich bis zu den Grenzen, die sich aus Treu und Glauben ergeben. Sie werden überschritten und seine auf dem Beherrschungsvertrag beruhende Verpflichtung zu einer nicht konzernfeindlichen Haltung ²⁾ wird verletzt, wenn er durch die zu treffenden Leitungsmaßnahmen dem Konzern einen Schaden zufügt. Er darf somit kein Geschäft vornehmen, das eine Schädigung der Konzerninteressen voraussehen läßt. Anders nur, wenn er vor der Vornahme dieser Handlung das herrschende Unternehmen sorgfältig unterrichtet hat und diese ihm kein ausdrückliches Veto mitgeteilt hat.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 75; Schauß, S. 31 ff.; letzterer vertritt auf S. 32 sogar die Auffassung, daß nicht durch Weisungen gedeckte Konzerninteressen sämtlichen gesellschaftsexternen Interessen gleichstehen, so daß sie vom Vorstand der abhängigen Gesellschaft nicht ohne Sorgfaltsverstoß i.S.v. § 93 AktG berücksichtigt werden können.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 76; - vermittelnd aber Glaser, S. 129 f., der der abhängigen Gesellschaft eine Pflicht zu konzernfreundlichem Verhalten auferlegt in dem Sinne, daß ihr Vorstand im weisungsfreien Bereich von mehreren gleich günstigen für die AG in Betracht kommenden Maßnahmen diejenige zu wählen hat, welche im Gegensatz zu den anderen auch für das herrschende Unternehmen oder für die anderen Konzernunternehmen einen Vorteil aufweist.

H. Die Beteiligten der Weisungserteilung

I. Das herrschende Unternehmen als Weisungsberechtigter

1. Zuständigkeit der gesetzlichen Vertreter

Um die Rechtslage der zur Weisungserteilung befugten Personen zu klären, ist zwischen Weisungsberechtigtem und Weisungsgeber zu unterscheiden. Anlaß dafür gibt der Gesetzestext selbst, der in § 308 Abs. 1 S. 1 AktG nicht die Personen, die zur Weisungserteilung ermächtigt sind, bestimmt, sondern sich mit der Einräumung des Weisungsrechts für das herrschende Unternehmen begnügt. Während also in dieser Vorschrift als Träger des Weisungsrechts das herrschende Unternehmen als solches angesehen wird, bedarf es für die Feststellung der Personen, welche dieses Recht ausüben dürfen, der Zuhilfenahme des § 309 Abs. 1 AktG. Daß diese Regelung nicht von Weisungserteilung, sondern von Verantwortung spricht, stellt kein Hindernis dar, die befugten Personen zu bestimmen. Sie erlaubt im Gegenteil ohne weiteres den Schluß, daß Weisungserteilung und Weisungsverantwortung die zwei Seiten desselben rechtlichen Ereignisses bilden. Aus § 309 Abs. 1 AktG ist zu entnehmen, daß die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens als Weisungsgeber anzusehen sind. Eine ausführliche Bestimmung der gesetzlichen Vertreter gemäß der rechtlichen Form des Unternehmens wird unten ¹⁾ vorgenommen. Es sei nur kurz darauf hingewiesen, daß, weil die Weisungserteilung für das herrschende Unternehmen intern auch ein Akt der Geschäftsführung ist ²⁾, die zur Geschäftsführung und Vertretung befugten Personen auch als zur Ausübung des Weisungsrechts zuständig betrachtet werden müssen. Diese sind der Vorstand einer herrschenden AG, der bzw.

1) § 6, A, I.

2) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 5; Schauß, S. 91 f.; Straßberger, S. 18; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 19.

die Geschäftsführer einer GmbH, die nach dem Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft befugten oder die entsprechend rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter einer BGB-Gesellschaft ¹⁾ und schließlich der Inhaber eines herrschenden Einzelkaufmann-Unternehmens.

2. Delegation des Weisungsrechts

Zur Möglichkeit einer Delegation des Weisungsrechts werden mehrere Meinungen vertreten. Weder der Auffassung, die das Weisungsrecht ohne Beschränkung des Personenkreises (d.h. sowohl auf Angestellte des herrschenden Unternehmens wie auch auf Dritte) für delegierbar hält ²⁾, noch der, die es grundsätzlich nur Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten ³⁾ zuerkennt, kann zugestimmt werden. Grund dafür ist einerseits, daß die Weisungsbefugnis nur der Herrschaftsperson eingeräumt wird und diese eine organähnliche Stellung in bezug auf die AG einnimmt, welche unübertragbar ist ⁴⁾. Hinzu kommen andererseits haftungsrechtliche Bedenken ⁵⁾: weder darf organisatorisch unübersichtlich werden, wer zur Ausübung des Weisungsrechts befugt ist, noch besteht irgendein Grund, die gesetzlichen Ver-

1) Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 308, Anm. 2; a.A. Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 16; Knoblaue, S. 45.

2) Knoblaue, S. 47; Emmerich/Sonnenschein, S. 190; Exner, S. 161 f.

3) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 3; Möhring/Tank, Rz. 774.

4) So Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 4.

5) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 19; Schauß, S. 92 - 98; Neuhaus weist darauf hin, daß, soweit Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte im Rahmen eines vertraglichen Beherrschungsverhältnisses Weisungen erteilen, neben zivilrechtlicher Haftung aufgrund von BGB-Vorschriften nur die Haftung aus § 117 AktG für sie in Betracht kommt, S. 86.

treter des herrschenden Unternehmens, an deren Leitungsmacht die aus § 309 AktG zu entnehmende Haftung anknüpft, zu entlasten oder ihre Haftung einzuengen.

Der dritten Meinung, die zwar eine Delegation des Weisungsrechts als solcher verneint, die Übertragung seiner Ausübung aber bejaht ¹⁾, kann gleichfalls nicht gefolgt werden. Ihr wird richtig entgegengestellt, daß die Weisung als Mitteilung einer Ermessensentscheidung im Hinblick auf die Leitung der abhängigen AG zu sehen ist, so daß eine Übertragung seiner Ausübung praktisch einer unzulässigen Delegation im ganzen gleichkommen würde ²⁾.

Aus dem Gesagten geht als Regel hervor, daß eine Delegation des Weisungsrechts und auch die Übertragung seiner Ausübung generell unzulässig sind ³⁾. Lediglich seiner Delegation auf ein einzelnes Mitglied eines mehrköpfigen, von Anfang an zuständigen Organes nach den Vollmachtsvorschriften steht nichts im Wege ⁴⁾. Eine solche Delegation verstößt weder gegen die Unübertragbarkeit der organähnlichen Stellung noch gegen die Grundkonzeption der Haftungsregelung; sie hat andererseits eine Erleichterung der Dezentralisierung des Konzerngefüges und eine Förderung des Konzernverkehrs für sich.

-
- 1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308 aaO.; vgl. aber unten in Fn. 3 und 4 Würdingers neue Auffassung.
 - 2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 18; ähnlich argumentiert auch Ballerstedt, in: ZHR 137 (1973), 388, 399.
 - 3) So auch Straßberger, S. 18; jetzt Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 327; Neuhaus, S. 85.
 - 4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 17; jetzt auch Würdinger, Aktienrecht, aaO.; Exner, S. 84.

II. Die abhängige Gesellschaft als Weisungsempfänger

1. Der Vorstand als Weisungsempfänger

Entsprechende interpretatorische Probleme wie bei der Feststellung des Weisungsgebers bestehen auch bei der Bestimmung der Person des Weisungsempfängers. Von der Rechtsbeziehung zwischen den beiden Unternehmen her gesehen wäre zu erwarten, daß die abhängige Gesellschaft als solche in § 308 AktG als Weisungsempfänger bezeichnet wird. Das war in § 297 des RegE vorgesehen und findet sich so auch in § 299 des geltenden AktG, letzteres aber wohl nur durch ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Trotz § 299 AktG ist nämlich im übrigen für die Person des Weisungsadressaten § 308 Abs. 1 S. 1 AktG ausschlaggebend, wonach definitiv nur der Vorstand der AG Weisungsempfänger ist. D.h., jede für die AG bestimmte Weisung ist nur an ihren Vorstand ¹⁾ zu richten, der nicht ausgeschaltet werden kann und der allein für ihre Verwirklichung zuständig ist. Das ist auf organisatorische Gründe bei der Einwirkung des Beherrschungsvertrages zurückzuführen ²⁾. Damit kommt zum Ausdruck, daß die Herrschaftsperson dem Vorstand der AG übergeordnet ist und ihr Wille bei Weisungserteilung seinen Willen verdrängt ³⁾.

1) Ist statt einer AG eine KGaA die beherrschte Gesellschaft, dann ist wieder nicht das beherrschte Unternehmen als solches Weisungsempfänger, sondern nur der persönlich haftende Gesellschafter, Baumbach/Hueck, § 308, Rdnr. 1.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 21.

3) Theoretische Grundlegung hierfür oben § 2, A, I - III.

2. Der Aufsichtsrat als Weisungsempfänger ¹⁾

Dem Aufsichtsrat können aus dem Beherrschungsvertrag keine Weisungen erteilt werden. Eine Weisung an ihn, z.B. zur Bestellung bzw. Abberufung von Vorstandsmitgliedern hätte keine rechtliche Grundlage ²⁾. Sowohl in diesem als auch im Bereich der zustimmungsbedürftigen Maßnahmen gem. § 111 Abs. 4 AktG entscheidet der Aufsichtsrat selbständig und eigenverantwortlich ³⁾. Bestehen ausnahmsweise unüberbrückbare Meinungsdivergenzen zwischen dem herrschenden Unternehmen und dem Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft über die zu verfolgende Geschäftspolitik könnte sich das erstere über seine meist vorhandene Hauptversammlungsmehrheit entweder durch Zustimmungsersetzung nach § 111 Abs. 4 S. 2, 3 AktG oder gem. § 103 AktG durchsetzen, indem es den derzeitigen Aufsichtsrat abberuft und neue Aufsichtsratsmitglieder bestellt ⁴⁾. Ein solches Vorgehen wird in der Praxis jedoch kaum erforderlich sein, denn vom Aufsichtsrat ist ein energischer Widerstand gegen die Weichenstellung der Konzernleitung kaum zu erwarten ⁵⁾, da er meist auf Anteilseignerseite mit Vertrauensleuten des herrschenden Unternehmens besetzt sein wird.

1) Baumbach/Hueck, AktG, § 308, Rdnr. 8; s. Rowedder, in: FS für K. Duden, S. 503 ff.; a.A. Gutjahr, S. 77.

2) So Rowedder, in: FS für K. Duden, S. 501, 508 f.

3) Vgl. Kanavelis, Die Funktion des mitbestimmten Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, 1987, S. 44 ff., 202 ff.

4) Schauß, S. 101; Dierdorf, S. 42; Meulenbergh, S. 62; Brachvogel, S. 48.

5) Wie Fn. 2.

3. Delegation der Empfangsbefugnis

Wie bei der Delegation des Weisungsrechts herrscht in der Literatur auch bei der Frage der Delegation der Empfangsbefugnis keine Übereinstimmung. Allenfalls insoweit besteht weitgehend Einigkeit, daß eine allgemeine und generelle Delegation der Entgegennahme von Weisungen auf betriebsangehörige Arbeitnehmer der beherrschten AG nicht möglich ist ¹⁾. Auch der Meinung, die eine Delegation bei Vorliegen einer ausdrücklichen und besonderen Vollmacht bejaht ²⁾, ist nicht zu folgen. Grund dafür ist, daß sich dadurch der Vorstand seiner Verantwortung unzulässig entziehen könnte ³⁾. Wenn schon dem Vorstand selbst manchmal der Überblick über die Konzerndienlichkeit einer Weisung fehlt, darf von den Angestellten der AG nicht erwartet werden, daß sie richtiger entscheiden können. Auch eine begrenzte Delegation nur für bestimmte Weisungen unmittelbar an die Betriebsangehörigen ohne vorheriges Wissen des Vorstands ist abzulehnen ⁴⁾.

Nur zur Erleichterung der internen Funktion des Konzerns kann man einen Fall anerkennen, der allerdings nicht als echte Delegation anzusehen ist, nämlich die Erteilung der Weisung sowohl an den Vorstand als auch unmit-

1) a.A. aber Exner, S. 131 ff.

2) Knoblaue, S. 50 i.F. und 45 i.F.; Vetter, S. 121; so auch Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 7; vgl. auch Emmerich/Sonnenschein, S. 190 "... zur Befolgung bestimmter Weisungen ...". Trotzdem spricht jetzt Würdinger dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit ab, unmittelbar Eingriffsrechte einzuräumen oder Weisungen an andere Personen - außer dem Vorstand -, etwa an leitende Angestellte zu erteilen, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 327.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 27; Ballerstedt, in: ZHR 137 (1973), 388, 392 u. 399; anders Exner, S. 84.

4) So Emmerich/Sonnenschein, S. 190 m.w.N.; Meulenbergh, S. 61.

telbar an Betriebsangehörige. Nur in diesem Fall dürfen die letzteren die Weisung ohne zusätzliche Zwischenschaltung des Vorstands realisieren. Es wird dabei vermutet, daß der Vorstand der Verwirklichung dieser Weisung durch sein Nichteingreifen zustimmt ¹⁾.

1) So Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 28 f. Eine Delegationsmöglichkeit der Empfangsbefugnis verneint auch Straßberger, S. 18; so auch Brachvogel, S. 48; Baumbach/Hueck, § 308, Anm. 4, nehmen dagegen eine unmittelbare Weisungserteilung an die Angestellten der AG an, falls der Vorstand der AG sie angewiesen hat, Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen; dem setzt Ballerstedt, ZHR 137 (1973), 388, 400, folgendes plausibles Argument entgegen: Wenn die Empfangsbefugnis delegierbar wäre, könnte der Vorstand der AG gem. § 308 Abs. 1 AktG angewiesen werden, den Mitarbeitern der Gesellschaft eine solche Folgepflicht aufzuerlegen; das würde aber unschwer zu einer unzulässigen Ausschaltung des Vorstands führen; ähnlich auch Schauß, S. 98.

§ 4 SCHRANKEN DES WEISUNGSRECHTES

A. Einführung

Der Beherrschungsvertrag bildet die rechtliche Basis für die unternehmerische Einflußmöglichkeit im Bereich der Vertragskonzerne. Mit ihm unterstellt sich eine Aktiengesellschaft der Leitung durch ein anderes Unternehmen. Die Geschäfte der abhängigen Gesellschaft führt dann zwar weiterhin deren Vorstand, doch fehlt ihm dabei die Entscheidungsfreiheit, soweit das herrschende Unternehmen seinen Einfluß ausübt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das herrschende Unternehmen zu einzelnen Maßnahmen keinen bestimmten Willen geäußert hat.

Diese Beschränkung des Vorstands der Aktiengesellschaft nahezu ganz auf bloße Vollzugsfunktion ist im einzelnen die Folge der Erteilung von Weisungen durch den aufgrund des Beherrschungsvertrages Berechtigten. Die Weisungen müssen allerdings innerhalb bestimmter Grenzen liegen. Aus der Weisungsfolgepflicht des Vorstands und deren Begrenzung ergibt sich zugleich der Umfang eines "Widerstandsrechts", ja sogar einer Widerstandspflicht ¹⁾, die mit der Überschreitung der Weisungsschranken entsteht.

Um eine Weisung als außerhalb der zulässigen Grenzen zu qualifizieren, muß man von ihrer hypothetischen Durchführung ausgehen ²⁾, also ihre Folgen bedenken. Man unterwirft dabei die angeordnete Leitungsmaßnahme einer Inhaltskontrolle, die allerdings häufig wegen der Maßgeblichkeit betriebswirtschaftlicher und sonstiger ökonomischer Motivationskriterien ³⁾ mit

1) Clemm, Die Grenzen der Weisungsfolgepflicht des Vorstands der beherrschten AG bei bestehendem Beherrschungsvertrag, in: ZHR 141 (1977), 198.

2) Schauß, S. 53.

3) Schauß aaO.

erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Das ist dem Gesetzgeber sicher nicht entgangen, als er in § 308 Abs. 2 S. 2 AktG die Konzerndienlichkeit der Weisung als Hauptkriterium für die Weisungszulässigkeit eingeführt hat. Das Merkmal der Konzerndienlichkeit ist deswegen so bedeutsam, weil es auch für jene Weisungen, die schon als gesetz- und/oder satzungsmäßig qualifiziert sind, eine weitere spezielle Beschränkung darstellt.

Maßgebliche Beschränkungen für die angeordnete Maßnahme sind die etwaigen vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien des Beherrschungsvertrages sowie die allgemeinen und aktienrechtlichen Gesetzesvorschriften und die Satzungsbestimmungen der abhängigen Gesellschaft. Schließlich ist der Frage nachzugehen, ob die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft vor und insbesondere nach Beendigung des Beherrschungsvertrages eine zusätzliche Schranke für das Weisungsrecht bildet.

B. Schranken aus dem Beherrschungsvertrag

Die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen, durch die das Weisungsrecht eingeschränkt wird ¹⁾, ist in der Literatur nur insoweit umstritten, als der Begriff und die Zulässigkeit des Teilbeherrschungsvertrages in Frage stehen ²⁾. Im übrigen wird übereinstimmend darauf hingewiesen ³⁾, daß es zu den Aufgaben des Vorstands der abhängigen Gesellschaft gehört, die Durchsetzung einschränkender Vertragsbedingungen beim herrschenden Unternehmen mindestens zu versuchen ⁴⁾.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 59; Veit, S. 148; Hommelhoff, S. 151.

2) Dazu bereits oben § 2 A, III, 2.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 59 i.f.; auch dazu bereits oben § 2 A, III, 2.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 36.

Bevor man aber zu der Frage, wie weit das Weisungsrecht durch den Vertragsabschluß eingeschränkt werden kann, Stellung nimmt, sollte man sich die praktische Bedeutung klarmachen: Soweit Beherrschungsverträge bisher bekannt geworden sind, ist zumindest von einem generellen Ausschluß nachteiliger Weisungen kaum Gebrauch gemacht worden ¹⁾. Das ist durchaus verständlich, da ein solcher Beherrschungsvertrag nahezu wirkungslos wäre ²⁾. Die Klausel würde die Eingriffsmöglichkeit der Herrschaftsperson so sehr schmälern, daß sogar eine bloße Beteiligung nach § 311 ff. AktG ihr mehr Raum für nachteilige Einwirkungen (unter der Voraussetzung des Nachteilsausgleichs) böte ³⁾. Schon deshalb wäre ein genereller Ausschluß nachteiliger Weisungen für den Großaktionär keine Verhandlungsgrundlage.

Da in der Praxis der generelle Ausschluß nachteiliger Weisungen regelmäßig abgelehnt wird, bleibt nur zu erwägen, ob und welche Leitungsbefugnisse im einzelnen Objekt einer Ausschlußbestimmung beim Vertragsabschluß sein können. Die Möglichkeit dazu ist grundsätzlich zu bejahen als Ausfluß der Vertragsfreiheit, die hier zugunsten der abhängigen Gesellschaft gilt. Das Gesetz geht bei der Regelung der dem Schutz der außenstehenden Aktionäre dienenden Vorschriften erkennbar nicht davon aus, daß das Weisungsrecht in der Praxis vertraglich eingeschränkt wird; es schließt solche Einschränkungen aber ersichtlich auch nicht aus. Diese Annahme ist der Einheitlichkeit der entsprechenden Rechtsnormen zu entnehmen, wobei die Pflichten des herrschenden Unternehmens zu Verlustausgleich und Sicherheitsleistung, zu

1) Veit aaO.; vgl. auch § 2, A, IV, 2.

2) v. Godin-Wilhelmi, § 308, Anm. 2, S. 1618.

3) So auch Zietz, S. 53.

Dividendengarantie und Abfindung keineswegs davon abhängig sind, ob durch eine vertragliche Vereinbarung die Leitungsmacht der Herrschaftsperson eingeschränkt wurde oder nicht ¹⁾.

Im einzelnen kann sich die Einengung der Weisungsbefugnisse etwa auf das Verbot der Minderung der stillen Rücklagen oder auf die Unveränderbarkeit des Einkaufs- bzw. Verkaufssystems beziehen oder sich gegen die Einstellung der Produktion einzelner Produkte und die vorübergehende Stillegung bestimmter Teilbetriebe richten ²⁾.

Als allgemeines Kriterium für die Einschränkung des Weisungsrechts ist zu untersuchen, ob nur solche Weisungen ausgeschlossen werden dürfen, durch die der Gesellschaft ein Nachteil zugefügt wird ³⁾ oder auch solche, die keine derartigen Folgen für sie haben ⁴⁾. Die Antwort ergibt sich aus dem in § 308 Abs. 1 AktG enthaltenen Grundsatz der Vertragsfreiheit. Diese würde durch eine Beschränkung der Ausschlußmöglichkeit auf nachteilige Weisungen unzulässig beschnitten; auch § 308 Abs. 1 S. 2 AktG kann eine solche Einschränkung nicht entnommen werden.

1) Kropff, ZGR 1984, 122. Einen Sonderfall stellt der Abschluß eines Beherrschungsvertrages dar, der dem "herrschenden" Unternehmen überhaupt keine reale Leitungsmacht einräumt; ein solcher Vertrag wird aber zu anderen Zwecken abgeschlossen, nämlich um bei einer (nahezu) gleichgeordneten Kooperation zwischen den beiden Unternehmen § 291 Abs. 3 AktG anwendbar zu machen. Dazu Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291, Anm. 53.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 59; Veit, S. 148.

3) So Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 8; a.A. Halter, der zu Unrecht einen vertraglichen Ausschluß für die abhängige Gesellschaft nachteiliger Weisungen als unzulässig betrachtet, S. 183 - 186.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 34.

Im Hinblick auf die Machtverhältnisse zwischen beiden Vertragsparteien fragt es sich allerdings, ob eine solche Vertragsgestaltung überhaupt durchsetzbar ist. Es liegt auf der Hand, daß ein über genügend eigene Kapitalbeteiligung verfügender Großaktionär sich nicht zu einer Beschränkung seiner Leitungsmacht bereitfinden wird. Hat er jedoch keine ausreichende Mehrheit, könnte ein Verzicht auf einzelne Leitungsbefugnisse geeignet sein, Minderheitsaktionäre auf die Seite des insoweit konzessionsbereiten herrschenden Unternehmens zu ziehen, so daß auf diesem Wege eine Dreiviertelmehrheit erreicht wird ¹⁾.

C. Gesetzswidrige Weisung

I. Verstoß gegen allgemeine Vorschriften

Man braucht nicht besonders zu betonen, daß die abhängige Gesellschaft wie jede andere Aktiengesellschaft uneingeschränkt den allgemeinen Gesetzen untersteht ²⁾. Da der Beherrschungsvertrag insoweit weder für sie noch für das herrschende Unternehmen eine "privilegierte" Position schafft, werden von den §§ 138 ³⁾, 134 BGB die Grundlinien gesetzt, innerhalb derer jede Weisung zu liegen hat. Für eine gesetz- oder sittenwidrige Weisung kann es kein Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens und entsprechend keine Folgepflicht für den Vorstand der beherrschten Gesellschaft geben; sondern im Gegenteil hat letzterer die Pflicht, die Durchführung der angeordneten Maßnahmen zu verweigern. Ebenso wären Weisungen gesetzwidrig und damit unzulässig, die den Vorstand zu einer strafbaren oder im Sinne der

1) Veit, S. 149.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 49; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 6.

3) Abw. Glaser, S. 88, der zu Unrecht den §§ 138, 826 BGB keine weisungsbegrenzende Funktion einzuräumen scheint.

§§ 823 ff. BGB unerlaubten Handlung zwingen würden wie z.B. die Verletzung von Patentrechten ¹⁾, der Verstoß gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder die Steuerverheimlichung.

Weiter erhebt sich die Frage, ob das herrschende Unternehmen sich in die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen der beherrschten Gesellschaft einmischen darf, d.h. ob eine Weisung auf Nichterfüllung bzw. auf Erfüllungsverweigerung ²⁾ oder auf positive Vertragsverletzung erteilt werden kann. Was die Nichterfüllung betrifft, könnte man sagen, sie sei im Grunde genommen nicht gesetzwidrig. Allerdings wird in diesem Fall die Gesellschaft wegen Nichterfüllung gemäß § 325 BGB auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Außerdem muß man sich vor Augen halten, daß ein solcher Vorgang leicht den Tatbestand der Sittenwidrigkeit verwirklichen kann. Sollten deshalb keine Zweifel mehr an der Unzulässigkeit bestehen ³⁾, muß der Vorstand dieser Weisung nicht Folge leisten.

Auch für die Schlechterfüllung wird eine entsprechende Meinung vertreten: "Bis zu den Grenzen des Betrugs ... muß die abhängige Gesellschaft mangelhafte Waren liefern oder ... schlechtere Materialien verwenden oder Fertigungskontrollen unterlassen, um Fabrikationskosten zu sparen" ⁴⁾. Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Anweisung zur Schlechterfüllung kann für die beherrschte Gesellschaft nicht verbindlich sein; sie ist nicht einmal berechtigt, sie auszuführen. Der Grund hierfür und für den Unterschied zur Nichterfüllungsweisung liegt darin: Ein Vertragsbruch ist nicht schlechthin sittenwidrig.

1) Veit, S. 151; Schauß, S. 53; s. auch Fn. 169; Zietz, S. 54; Neuhaus, S. 90 f.; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 193.

2) Esser/Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1977, S. 79 f.; Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., S. 221, 154.

3) Schauß, S. 54.

4) Schauß aaO., S. 55; a.A., ähnlich wie hier, Straßberger, S. 17.

rig ¹⁾, dagegen verstößt eine auf Schlechterfüllung gerichtete Weisung gegen die §§ 242, 248 BGB, da sie eine rechtsmißbräuchliche Ausnutzung wirtschaftlicher Macht darstellt, wie sich aus den genannten Beispielen ergibt. Ein Abwarten, bis die Grenzen des Betrugs erreicht oder sogar überschritten sind, wäre völlig unzumutbar für die Vertragspartner der abhängigen Gesellschaft. Zudem wäre bis dahin der unternehmerische Ruf der Aktiengesellschaft irreparabel geschädigt.

II. Verstoß gegen aktienrechtliche Vorschriften

Die Grenze für die Zulässigkeit einer Weisung ergibt sich weiter aus aktienrechtlichen Bestimmungen, die entweder allgemeinen, d.h. von jeder Unternehmensverbindung abhängigen Charakter haben, oder sich aus dem Recht der verbundenen Unternehmen herleiten. Die wichtigste Vorschrift der zweiten Gruppe, § 308 Abs. 2 AktG, wo dem Weisungsrecht die Schranke der Konzerndienlichkeit gesetzt wird, ist wegen ihrer Bedeutung gesondert zu behandeln.

1. Allgemeine aktienrechtliche Grenzen

Das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens unterliegt selbstverständlich den zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes außerhalb des Rechts der verbundenen Unternehmen, es sei denn, daß das Gesetz selbst ausdrücklich eine Ausnahme macht, wie es z.B. in § 291 Abs. 3 AktG der Fall ist ²⁾. Weisungen der Herrschaftsperson etwa, die sich gegen das Verbot der Unterpari-Emission des § 9 Abs. 1 AktG oder das Verbot des Einlagenerlasses der Aktionäre (§ 66 AktG) richten, sind gesetzwidrig und demzufolge

1) Fikentscher aaO., S. 758 (streitig).

2) Neuhaus, S. 90; Glaser, S. 50 - 52.

unverbindlich für den Vorstand ¹⁾. Dasselbe gilt für Anweisungen zu einem Verstoß gegen zwingende Vorschriften über die Bewertung in der Jahresbilanz, wie auch für solche, die sich gegen das Anfechtungsrecht des Vorstands aus §§ 243, 245 Nr. 4 AktG richten, denn dieses ist aus der Leitungsbefugnis des herrschenden Unternehmens auszuklammern, damit sich nicht ein außenstehender Dritter durch Weisungserteilung in die gegenseitige Kontrolle der Organe der Aktiengesellschaft einmischen kann ²⁾.

2. Aktienrechtliche Grenzen aus dem Recht der verbundenen Unternehmen

Im Rahmen des Rechts der verbundenen Unternehmen besteht neben dem § 308 Abs. 2 der § 299 AktG, der ausdrücklich das Weisungsrecht einschränkt. Demgemäß darf die Herrschaftsperson aufgrund eines Beherrschungsvertrages der beherrschten Gesellschaft keine Weisung erteilen, die die Aufrechterhaltung, die Änderung oder die Beendigung des Vertrages anordnet. Die Motivation des Gesetzgebers ist hier unschwer zu erkennen. Er wollte die Interessen der abhängigen Gesellschaft, ihrer Minderheitsaktionäre und ihrer Gläubiger wahren, indem er eine Verewigung oder einen nach dem Belieben des herrschenden Unternehmens veränderbaren Inhalt des Beherrschungsvertrages ausschloß. Damit soll zugleich ein gewisses Maß an Rechtssicherheit gewährleistet werden, das die Unternehmensverträge für die untergeordneten Gesellschaften überhaupt erst akzeptabel und wirtschaftlich funktionsfähig macht.

1) Veit, S. 150; Schauß, S. 56; Vetter, S. 122; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 46. Das gleiche gilt für das von Rowedder besonders unterstrichene Verbot einer Weisung, mit der der Vorstand angewiesen wurde, seinem Aufsichtsrat über bestimmte Geschäfte der beherrschten Gesellschaften mit dem herrschenden Unternehmen nicht zu berichten, Rowedder, in: FS für K. Duden, München 1977, S. 510.

2) Knoblaue, S. 68.

Hinsichtlich der in § 299 AktG enthaltenen Weisungsbeschränkung herrscht in der Literatur übereinstimmend die Meinung, daß der Weisungsausschluß jeweils nur denjenigen Vertrag betrifft, aus dem das Weisungsrecht hergeleitet wird ¹⁾.

Damit endet jedoch bereits die Übereinstimmung. Denn die Meinungsverschiedenheiten beginnen bereits bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen das herrschende Unternehmen den Vorstand zu einem Unternehmensvertragsabschluß mit einem Dritten bewegen kann. Nach einer Meinung ²⁾, die der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens eine tiefgreifende Einwirkung auf die innergesellschaftliche Struktur der abhängigen Gesellschaft zubilligt, erstreckt sich das Weisungsrecht ohne weiteres auch auf eine Anordnung der Mutter- an die Tochtergesellschaft, einen Unternehmensvertrag mit einer Enkelgesellschaft abzuschließen. Das Recht des herrschenden Unternehmens, nach seinem Ermessen den Vorstand anzuweisen, mit welchen Dritten ein Unternehmensvertrag abzuschließen, zu ändern oder aufzuheben ist, bleibe unberührt. Ähnliches gelte nach dieser Meinung konsequenterweise für andere Unternehmensverträge zwischen denselben Vertragspartnern. Es sei beispielsweise erlaubt, durch das aufgrund eines Beherrschungsvertrages erteilte Weisungsrecht den Bestand oder die Gestaltung eines Gewinnabführungsvertrages zwischen den gleichen Parteien zu beeinflussen. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Sie führt zu einer Entmündigung der abhängigen Gesellschaft, indem sie dem herrschenden Unternehmen ganz oder teilweise die Entscheidungsbefugnis sogar für Angelegenheiten einräumt, bei denen nicht einmal der Vorstand einer selbständigen Aktiengesellschaft allein entscheiden kann, sondern die Mitwirkung der Hauptversammlung notwendig ist. Plausibler würde diese Meinung

1) Baumbach/Hueck, § 299, Rdnr. 3; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 299, Anm. 2; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 299, Anm. 4; Veit, S. 150 Fn. 251.

2) Baumbach/Hueck, § 299, Rdnr. 3.

allerdings erscheinen, wenn sie sich nur auf die Beendigung eines schon bestehenden Unternehmensvertrages beschränken würde, denn diese setzt keinen zustimmenden Hauptversammlungsbeschluß voraus ¹⁾, d.h. sie unterliegt der Entscheidung durch den Vorstand.

Eine in gewissem Sinn vermittelnde Ansicht ²⁾ läßt zwar das unmittelbare Weisungsrecht allein nicht genügen, führt aber dennoch zu demselben Ergebnis, nämlich der Durchsetzung des Willens des herrschenden Unternehmens auf dem Weg über die Stimmrechtsmehrheit in der Hauptversammlung, über die das herrschende Unternehmen in der Regel verfügt. Die vom Großaktionär gewünschte Entscheidung wird im Rahmen der §§ 293 bzw. 295 AktG getroffen unter Benutzung seiner Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung. Das herrschende Unternehmen nutzt insoweit eine doppelte Einflußmöglichkeit auf die abhängige Gesellschaft einerseits als Partner des Beherrschungsvertrages und Inhaber des Weisungsrechts und andererseits durch Ausübung seines Stimmrechts als Mehrheitsaktionär in der Hauptversammlung. Daher ist es ihm in der Regel ein Leichtes, durch geschickte Ausnutzung dieser beiden Eigenschaften die gewünschte Maßnahme durchzusetzen. Schließt man sich der hier geschilderten Meinung an, umgeht man infolgedessen nicht nur die Schranke der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens, sondern auch die Verantwortlichkeitsregelung nach § 309 AktG. Die Haftung aus § 309 AktG setzt nämlich eine erteilte Weisung voraus und bei Ausübung des Stimmrechts liegt keine Weisung, sondern ein Hauptversammlungsbeschluß vor ³⁾. Außerdem eröffnet diese Lösung den Verwaltungsmitgliedern der abhängigen Gesellschaft die Möglichkeit, sich der Verantwortung nach § 310 AktG zu entziehen. Diese Umgehung der

1) Vgl. Biedenkopf/Koppensteiner, § 299, Rdnr. 3.

2) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 291, Anm. 28 und § 308, Anm. 11.

3) Ausführlicher dazu § 5, E, I.

Haftungsvorschriften wird allerdings von manchen Vertretern dieser Auffassung gesehen, und es wird der Versuch unternommen, diese Lücke durch eine analoge Anwendung der §§ 309, 310 AktG ¹⁾ zu schließen.

Insgesamt ergibt sich aus dem Ausgeführten, daß der Abschluß von Unternehmensverträgen mit Dritten außerhalb der Schranken der Leitungsmacht der Herrschaftsperson liegt und infolgedessen nicht mittels Weisungsrechts angeordnet werden darf ²⁾. Ist aber eine bestimmte Maßnahme dem Weisungsrecht entzogen, darf man nicht gleichsam durch die Hintertür zweifelhafter juristischer Konstruktionen zu einer Umgehung der Weisungsschranken kommen. Verweigert man dem herrschenden Unternehmen das entsprechende unmittelbare Weisungsrecht, darf man ihm nicht gleichzeitig ein sozusagen mittelbares Weisungsrecht zuerkennen, vermittels dessen die Sache nach § 119 Abs. 2 AktG der Hauptversammlung zur Entscheidung vorgelegt und von dieser mit der Stimmenmehrheit des herrschenden Unternehmens verbindlich in dessen Sinn entschieden wird. Man würde so die Kompetenzgrenzziehung zwischen Vorstand und Großaktionär verwischen und letzterem die Möglichkeit eröffnen, durch seine Stimmabgabe schrankenlos in die abhängige Gesellschaft hineinzuregieren. Zugleich würde zugunsten des herrschenden Unternehmens die Haftungsregelung umgangen. Demgegenüber hilft es praktisch wenig, wenn die Befürworter der hier abgelehnten Ansicht auf die - praktisch nur schwer realisierbare - Möglichkeit der Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses nach § 243 Abs. 2 AktG hinweisen ³⁾. Es liegt der Sache nach näher, dieses mittelbare Weisungsrecht für unzulässig zu erklären und infolgedessen dem eventuellen Hauptver-

1) So Biedenkopf/Koppensteiner, § 309, Rdnr. 5 und Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., S. 291.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 42 i.V.m. § 309, Anm. 24.

3) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 299, Anm. 2.

sammlungsbeschluß jegliche Gesetzmäßigkeit abzusprechen ¹⁾. Ein zustandegekommener gesetzwidriger Hauptversammlungsbeschluß kann folglich ohne weiteres nach § 243 Abs. 1 AktG angefochten werden.

Weitere Einschränkungen aus dem Recht der verbundenen Unternehmen ergeben sich für das Weisungsrecht aus den §§ 300 ff. AktG, die die Sicherung der Gesellschaft und ihrer Gläubiger regeln. Das herrschende Unternehmen darf nicht per Weisung die Geltendmachung der Ausgleichszahlungen des § 302 AktG aufheben oder vertagen ²⁾.

Ausgeschlossen aus der Leitungsbefugnis ist gleichfalls eine Weisung, mit der das herrschende Unternehmen versucht, sich von dem Ersatzanspruch nach § 309 AktG zu befreien. Eine entsprechende Weisung wäre, genau wie im Fall des § 302 AktG, eine unerlaubte Befreiungsentscheidung in eigener Sache ³⁾.

Schließlich ist die in § 21 AktG angeordnete Mitteilungspflicht einer Aktiengesellschaft im Falle einer über 25%igen Kapitalbeteiligung an einer anderen Kapitalgesellschaft deren Vorstand vorbehalten, der nicht angewiesen werden darf, die Mitteilung zu unterlassen.

III. Konzerndienlichkeit

Die wichtigste, in ihrer Auslegung jedoch immer noch umstrittene aktienrechtliche Weisungsbeschränkung ist das auf § 308 Abs. 2 S. 2 AktG beruhende Erfordernis der Konzerndienlichkeit der angeordneten Maßnahmen. Dem Vorstand dürfen zwar auch für die abhängige Gesellschaft nachteilige

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 24.

2) Knoblau, S. 65.

3) Knoblau aaO.

Weisungen erteilt werden, aber nur unter der Voraussetzung, daß sie dem Konzerninteresse ¹⁾ dienen. Nachteilig bedeutet: das Vermögen der Aktiengesellschaft sogleich schädigende oder mit späteren vermögensschädlichen Folgen verknüpfte Weisungen ²⁾. Das Gesetz selbst versucht den Begriff der Konzerndienlichkeit zu präzisieren, indem es sagt, daß eine Maßnahme dann nicht durchgeführt werden muß, wenn sie offensichtlich nicht den Belangen des herrschenden oder eines der mit ihm verbundenen Unternehmen entspricht.

Seiner juristischen Natur nach stellt das Merkmal der Konzerndienlichkeit einen unbestimmten Rechtsbegriff dar ³⁾. Dessen genaue Bestimmung bleibt wegen fast völligen Fehlens einschlägiger Rechtsprechung im wesentlichen der Literatur überlassen und ist immer noch weit von einer einheitlichen Lösung entfernt. Nur in einem Punkt besteht bereits Einigkeit, nämlich in bezug auf den auch in der Begründung zum Regierungsentwurf ⁴⁾ enthaltenen Hinweis, daß das Konzerninteresse mit den nichtunternehmerischen Interessen eines Aktionärs ⁵⁾ sowie den persönlichen Belangen der Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder nicht identisch sein kann.

1) Über die Anerkennung des Konzerninteresses als Rechtfertigungsgrund für die AG schädigende Weisungen, Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 38 m.w.N.; vgl. unten § 5 B, II, 2.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 50.

3) Schaub, S. 69 und 73; mit Recht wird die Bemerkung von Flume zurückgewiesen, daß die Frage der Konzerndienlichkeit nicht justitiabel sei; Knoblaue, S. 61; Neuhaus bemerkt, daß der Begriff "offensichtlich" nur kasuistisch einzugrenzen ist, S. 103. Über den Begriff der "Offensichtlichkeit" s. unten § 5, B, III, 3.

4) Begründung RegE, § 297, Kropff, S. 403.

5) So Zietz, S. 52. Mit Recht wurde jedoch diese Ansicht der Begründung RegE als ein recht magerer Beitrag des Gesetzgebers bei der Begriffsauslegung kritisiert, Schaub aaO., S. 74.

Nach dem Wortlaut des § 308 Abs. 2 S. 2 AktG bleibt die Förderung der Interessen des herrschenden Unternehmens nicht der einzige Rechtfertigungsgrund für nachteilige Weisungen; einen weiteren bilden auch die Belange der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen. Insoweit bestehen immer noch Meinungsverschiedenheiten, ob als konzernverbunden nur durch Beherrschungsvertrag ¹⁾ oder auch faktisch konzernzugehörige Unternehmen ²⁾ anzusehen sind. Man könnte der Meinung, die eine vertragliche Bindung fordert, entgegenhalten, daß der Wortlaut des Gesetzes durch den generellen Ausdruck "konzernverbundene Unternehmen" gegen eine solche Einschränkung spricht ³⁾. Nicht weniger formell ist das Argument der die Einschränkung befürwortenden Autoren, daß in vermögensmäßiger Hinsicht die bloß abhängige Gesellschaft eine selbständige Einheit bilde, so daß deren Belange von denen des Konzerns zu trennen seien.

Letztlich spricht jedoch mehr dafür, auch die faktischen Konzernbeziehungen unter § 308 Abs. 2 S. 2 AktG zu subsumieren. Das setzt allerdings im Einzelfall voraus, daß die aus § 18 Abs. 1 AktG zu entnehmende Vermutung der Konzernbindung nicht zu widerlegen ist. Ist letzteres nicht der Fall, so ist die aufgrund des Beherrschungsvertrages beherrschte Gesellschaft mit der faktisch abhängigen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt. Dann wäre die Annahme unhaltbar, daß die Belange beider einander fremd seien.

Damit hängt die Frage zusammen, ob zwischen dem der angewiesenen Gesellschaft zugefügten Nachteil und dem Vorteil bei Ausführung der Weisung ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen muß. Das wird allgemein

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 12; Mestmäcker, Systematik, in: FS für Kronstein, S. 135 ff.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 52.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO.

verneint ¹⁾. Der Vorteil kann nicht nur einem konzerngebundenen, sondern auch einem außerhalb des Konzerns stehenden Unternehmen zukommen, um es zu einer günstigeren oder überhaupt zu einer Leistung an das herrschende oder ein sonstiges Konzernunternehmen zu veranlassen.

Ebenfalls umstritten ist ferner das Problem der Verhältnismäßigkeit von Vor- und Nachteil, d.h. ob es erforderlich ist, daß der Konzernvorteil die Nachteilszufügung rechtfertigt. Meinungsverschiedenheiten bestehen hier bereits über den richtigen Ansatz, nämlich darüber, ob die Verhältnismäßigkeit von Vor- und Nachteil zum Wesen der Konzerndienlichkeit und damit zur Frage der Zulässigkeit von Weisungen gehört ²⁾ oder ob es sich lediglich um eine Frage eventueller Haftungsfolgen handelt ³⁾. Geht man von letzterem aus, so bliebe dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft als Weisungsvollstrecker kein Raum mehr, eine Weisung als unzulässig zu qualifizieren, die der abhängigen Gesellschaft einen nicht erforderlichen ⁴⁾ oder einen unverhältnismäßig großen Nachteil zufügen würde. Das spricht an sich mehr für die Einordnung als Element der Konzerndienlichkeit.

Allerdings kann man auch diesem Ansatz nur zum Teil folgen. Denn es wäre unangemessen, dem grundsätzlich mit der Haftung belasteten herrschenden Unternehmen die Entscheidungsfreiheit insoweit ganz zu entziehen. Viel-

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 13; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 51; Knoblaue, S. 61; Schaub, S. 77 f.

2) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 14; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 13; Brachvogel, S. 50; Neuhaus, S. 88; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 192; a.A. Clemm, Die Grenzen der Weisungsfolgepflicht, ZHR 141 (1977), 197, 203; Glaser, S. 66.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 54.

4) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 14.

mehr gebührt ihm primär die Ermessensfreiheit zu beurteilen ¹⁾, ob eine für die abhängige Gesellschaft nachteilige Weisung erforderlich ist, um dem Konzern einen bestimmten Vorteil zu verschaffen. Für diese Entscheidung tragen die Weisungsberechtigten nach § 309 AktG haftungsrechtlich die Verantwortung.

Zwischen dieser Position und einer vollständigen Verlagerung der Lösung allein in den Bereich der Haftungsvorschriften besteht jedoch noch ein weiter Abstand. Es würde ein unnötiges Risiko begründen, wenn dem herrschenden Unternehmen das Recht auch zu solchen Weisungen zustünde, die der abhängigen Gesellschaft einen gegenüber dem daraus entspringenden Konzernvorteil unverhältnismäßig großen Nachteil zufügen. Unter solchen Voraussetzungen wäre es nicht nur unzumutbar, sondern geradezu sinnwidrig, allein eine nur nachträglich wirkende Haftungsregelung zu gewähren, dem Vorstand aber vorher das Recht, die Durchführung der Weisung zu verweigern, vorzuenthalten. Demgegenüber ist das Argument, daß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft vielfach nicht in der Lage sein werde, die Sachlage zu beurteilen, völlig unzureichend.

Schließlich stellt sich in diesem Zusammenhang auch die für die abhängige Gesellschaft existenzielle Frage, ob Weisungen zulässig sind, die die Lebensfähigkeit der Gesellschaft, besonders nach Vertragsende, gefährden. Selbst hierüber gehen die Meinungen auseinander. Darauf ist unter dem wichtigen Aspekt des Bestandsschutzes für die abhängige Gesellschaft nachfolgend unter E. gesondert einzugehen.

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 13; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 53.

D. Die Satzung als Weisungsgrenze

Mit der Frage, ob und inwieweit das herrschende Unternehmen im Widerspruch zur geltenden Satzung der abhängigen Aktiengesellschaft stehende Weisungen erteilen darf, hat sich die Theorie bisher nur am Rande beschäftigt. Für die Klärung dieses Komplexes ist die Beantwortung folgender drei Fragen wesentlich: Ist es überhaupt zulässig, daß eine Weisung gegen die Satzung der abhängigen Gesellschaft verstößt? Welche Weisungen sind satzungswidrig und in welchem Zusammenhang stehen sie mit den für die abhängige Aktiengesellschaft nachteiligen Weisungen? Kann das herrschende Unternehmen insoweit mit seiner - oftmals entscheidenden - Kapitalbeteiligung eine Satzungsänderung herbeiführen?

Es geht an dieser Stelle um die Beantwortung der beiden ersten Fragen, eine Stellungnahme zu der dritten wird unten in § 5 C versucht.

I. Die Satzung als bindende Schranke

In der Frage, ob die Satzung der abhängigen Gesellschaft eine dem Gesetz vergleichbare bindende Grenze für die Weisungen bildet, besteht in der Literatur Übereinstimmung: Der Vorstand darf nicht angewiesen werden, eine Leitungsmaßnahme gegen die Satzung einer Aktiengesellschaft durchzuführen oder zu unterlassen¹⁾. Insofern gilt nichts anderes wie für den Vorstand einer unabhängigen Aktiengesellschaft, der gemäß § 82 Abs. 2 AktG nicht gegen die Satzung handeln darf.

1) Würdinger, Großkommentar AktG, § 308, Anm. 12; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 56; unklar Rowedder, in: FS für Duden, S. 501 ff., wenn er meint, solange der Beherrschungsvertrag besteht, ruhen die Satzungsbestimmungen der abhängigen Gesellschaft (S. 504).

Ausgeschlossen ist nach richtiger Meinung auch eine Weisung, die Hauptversammlung einzuberufen und eine vom herrschenden Unternehmen gewünschte Satzungsänderung auf die Tagesordnung zu setzen. Das Weisungsrecht darf sich nicht auf Maßnahmen erstrecken, die nicht im ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Vorstands liegen. Auf die Vorbereitung einer Satzungsänderung sowie auf innergesellschaftliche organisatorische Aufgaben des Vorstands ¹⁾ gerichtete Weisungen sind von der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens ausgeklammert.

II. Nach der Satzung mögliche Weisungsbeschränkungen

1. Hauptbeschränkung: Der Gegenstand des Unternehmens der abhängigen Aktiengesellschaft ²⁾

Die Satzungswidrigkeit der Weisung läßt sich nur im Verhältnis zu der Satzungsbestimmung beurteilen, gegen die sie verstößt. Demzufolge stellt der Inhalt der Satzung der Aktiengesellschaft die in concreto maßgebliche Grenze dar. Aus dem nach § 23 Abs. 3 AktG zwingenden Satzungsinhalt ist der Gegenstand des Unternehmens der Aktiengesellschaft diejenige Bestimmung, welche am meisten der Gefahr einer entgegenlaufenden Weisung ausgesetzt ist. Das beruht auf der unmittelbaren Maßgeblichkeit des Gegenstandes für die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft, auf die sich die Weisung richtet. In anderer Hinsicht, beispielsweise bezüglich einer Änderung der Firma, besteht diese Gefahr nicht in solchem Maße.

1) Dazu oben § 3, E i.f.

2) Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, der in dieser Einschränkung des herrschenden Unternehmens einen Flexibilitätsverlust seiner Konzernleitungspflicht sieht, S. 149, 316; Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 327.

Eine Änderung des Unternehmensgegenstandes der abhängigen AG kann keinesfalls per Weisung erreicht werden, zumal sie nicht einmal im Zuständigkeitsbereich des Vorstands liegt, sondern als Satzungsänderung eines Beschlusses der Hauptversammlung mit qualifizierter Mehrheit bedarf. Allerdings ist bei der Beurteilung, ob eine Weisung gegenstandswidrig und folglich unzulässig ist, deutliche Zurückhaltung geboten, denn es sind sehr wohl Grenzfälle vorstellbar, in denen der Gegenstand zwar berührt, aber doch nicht geradezu verletzt wird, so daß die Weisung als nicht offensichtlich nachteilig im Sinne des § 308 Abs. 2 AktG durchgeführt werden muß. Im folgenden sollen die wichtigsten Fälle gegenstandswidriger Weisungen kurz erwähnt werden, allerdings ohne Anspruch auf Vollständigkeit, da die Abgrenzung stets der Entscheidung im Einzelfall vorbehalten bleiben muß.

a) Völlige Produktionsumstellung ¹⁾

Eine Weisung, die auf eine völlige Produktionsumstellung gerichtet ist, muß vom Vorstand als satzungswidrig zurückgewiesen werden. Da ist sicherlich der Extremfall, der wohl eher theoretische Bedeutung hat. Jedoch muß es sich nicht immer um eine völlige Produktionsumstellung im strikten Wortsinn handeln, um einen Verstoß gegen die Gegenstandsbestimmung anzunehmen ²⁾. Gemeint ist vielmehr eine über bloße Varianten derselben Produktion hinausgehende tiefergreifende Umstellung. Eine satzungswidrige Pro-

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 57. - Manche Autoren gehen davon aus, daß Weisungen, die eine Produktionsumstellung oder eine Betriebsstillegung anordnen, durch eine entsprechende Klausel im Beherrschungsvertrag ausgeschlossen werden können, woraus geschlossen wird, daß sie grundsätzlich zulässig seien; so Zietz, S. 54; Brachvogel, S. 49; dabei wird aber die gleichzeitige Satzungsverletzung übersehen. - Andererseits hält Glaser, S. 148 jede - und nicht nur die völlige - Produktionsumstellung für satzungswidrig.

2) So auch Glaser, S. 198.

duktionsumstellung liegt daher nicht nur vor, wenn eine Automobilfabrik zur Produktion von Textilien übergehen soll, sondern auch, wenn an die Stelle einer reinen PKW-Produktion die ausschließliche Herstellung von Lastwagen tritt.

Obwohl es dafür keine feste Regel gibt, kann man doch folgendes als Indiz betrachten. Ist die Gesellschaft nicht in der Lage, ohne erheblichen Anlagenumbau und Personalumbildung weiterzufunktionieren, so liegt sicher eine satzungswidrige Produktionsumstellung vor.

b) Errichtung gegenstandsfremder Betriebe

Entsprechendes gilt für die Errichtung von Betrieben, die mit dem Gegenstand des Unternehmens nichts zu tun haben. Eine dahingehende erteilte Weisung darf nicht ausgeführt werden.

c) Einstellung und Stillegung des Geschäftsbetriebes ¹⁾

Der unzulässigen Änderung des Unternehmensgegenstandes ist die Einstellung oder Stillegung des Betriebes der Gesellschaft gleichzustellen ²⁾. Entsprechende Weisungen darf das herrschende Unternehmen nicht erteilen.

1) So Glaser, S. 197; Semler, S. 136 Fn. 363; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 55; a.A. Rehbinder, S. 232 und 235.

2) Vgl. Clemm, ZHR 141 (1977), 197 mit Hinweis auf Geßler, ZHR 140 (1976), 433 ff. und Immenga, ZHR 140 (1976), 301 ff.

Auch hierfür ist wesentlich, daß ein solches Vorgehen nicht in den Zuständigkeitsbereich des Vorstands fällt und deswegen auch nicht Inhalt einer Weisung sein kann ¹⁾.

d) Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen mit anderem Gegenstand

Außerhalb der Grenzen der Leitungsbefugnis der Herrschaftsperson liegt schließlich die Weisung zum Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen mit fremdem Gegenstand. Der Grund dafür ist, daß dieser Erwerb zu einer unzulässigen Erweiterung des Gegenstandes der Aktiengesellschaft führt, die praktisch einer Verletzung der Gegenstandsbestimmung der Satzung gleichkommt. Durch eine solche Beteiligung werden nicht nur Gesellschaftsmittel zu gegenstandsfremden Maßnahmen verwendet. Es wird zugleich der Risikobereich ausgedehnt, da die angewiesene Gesellschaft in einem Bereich unternehmerisch tätig wird, der außerhalb ihres Gegenstandes liegt ²⁾.

2. Weisung gegen statutarische Normen

Satzungswidrig kann eine Weisung auch wegen eines Verstoßes gegen sonstige Satzungsbestimmungen sein. Eine auf Änderung der Firma oder der Gesellschaftsdauer der Aktiengesellschaft wie auch auf die Verlegung des Sitzes oder des statutarisch bestimmten Geschäftsjahres gerichtete Weisung, darf gleichfalls nicht erteilt werden. Das gilt auch für Maßnahmen, die auf

1) So auch Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 55; Semler, S. 136; a.A. Rehbindner, S. 235.

2) Schneider, ZHR 143 (1979), 485, 517; Timm, S. 21; - weitergehend bei ohnehin diversifizierten Konzernen Rasch, BB 1976, 1104 ff.; vgl. auch Semler, S. 167; dagegen lehnt Clemm, ZHR 141 (1977), 203 solche Weisungen als hoch spekulativ und riskant ab.

eine Änderung der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten (§§ 141, 179 Abs. 3, 180 AktG) oder auf nachträgliche Beschränkung der Ausübung des Stimmrechtes (§ 134 Abs. 1 S. 2 AktG) abzielen.

3. Weisung gegen Satzungsbestimmungen individualrechtlicher Natur

Aus dem oben Gesagten geht hervor, daß jede Weisung, die einer Satzungsbestimmung statutarischer Natur zuwiderläuft, unzulässig ist. Es gibt aber in vielen Satzungen auch solche Vorschriften, die keine körperschaftliche, sondern eine sog. individualrechtliche Natur haben ¹⁾, wie z.B. die Verpflichtung der Aktiengesellschaft, der Witwe eines verstorbenen Verwaltungsmitgliedes ein Pensionsrecht einzuräumen oder die aus satzungsgemäß ausgegebenen Genußscheinen entstehenden Verpflichtungen.

Die entsprechenden Rechte sind in der Regel keine Mitgliedschaftsrechte, sondern einfache Gläubigerrechte. Für Weisungen, die gegen solche Satzungsvorschriften verstoßen, gilt deshalb das oben ²⁾ zur Zulässigkeit von Weisungen, welche die Nichterfüllung vertraglicher Bindungen der abhängigen Gesellschaft anordnen, Gesagte entsprechend. Solche Weisungen sind grundsätzlich zulässig.

1) Zum umstrittenen Satzungscharakter und zur Abgrenzung solcher formeller Satzungsbestimmungen vgl. statt anderer Zöllner, Kölner Kommentar, § 179, Anm. 4 ff. m.w.N.

2) Vgl. oben § 4, C, I.

E. Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft

Der Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft wirft eine der bedeutendsten Fragen der Leitungsmachtbeschränkung im Vertragskonzern auf. Es handelt sich um das Problem, ob solche Weisungen zulässig und daher zu befolgen sind, die entweder die Lebensfähigkeit der abhängigen AG schon während der Dauer oder aber vor allem ihre Überlebensfähigkeit nach Beendigung des Beherrschungsvertrags ausschließen oder sie ernsthaft bedrohen.

Ein Teil der Literatur bejaht die Zulässigkeit solcher Weisungen. Für den Vorstand bestehe, selbst wenn er die Existenzgefährdung seiner Gesellschaft richtig erkannt hat, keine Möglichkeit, die Befolgung der Weisung zu verweigern¹⁾. Der Gesetzgeber habe die Gefahr gesehen, er habe sie aber bewußt ohne normative Konsequenzen gelassen, weil er eine Einschränkung der Leitungsmacht zu Lasten der Funktionsfähigkeit der konzerninternen Leistungsstruktur "offenbar nicht gewollt" habe.

Diese Auslegung wird jedoch nicht durch die Berufung auf den historischen Gesetzgeber gedeckt²⁾. Vielmehr ergibt sich ihre Unhaltbarkeit vor allem aus dem Sinn und Zweck des Beherrschungsvertrags und der vertragskonzernrechtlichen Bestimmungen. Durch den Abschluß des Beherrschungsvertrags wird zwar dem anderen Vertragsteil die Leitung der abhängigen Gesellschaft unterstellt, das bedeutet aber keineswegs, daß § 308 AktG dem herrschenden Unternehmen die Ausdehnung seiner Weisungsbefugnis bis zu dem Punkt erlaubt, wo infolge seiner Weisungen die Tochtergesellschaft in die

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 15 unter Hinweis auf die Begründung RegE (Kropff, S. 393, 397); Neuhaus, S. 94 f.; Glaser, S. 11 f. und 84 f.; Windbichler, S. 98.

2) Geßler, in: ZHR 140 (1976), 433, 434.

Krise gestürzt wird ¹⁾. Andernfalls wäre der Beherrschungsvertrag als Instrumentarium zur planmäßigen, totalen Ausbeutung und systematischen Zerstörung einer anderen Gesellschaft ²⁾ geeignet, und für die letztere würde das Eingehen einer Konzernverbindung den Entschluß zum "Selbstmord auf Raten" bedeuten ³⁾.

Eine vermittelnde Auffassung wird von Wilhelm ⁴⁾ vertreten, der sich zwar überzeugend gegen die Erteilung von existenzbedrohenden Weisungen wendet, aber doch nicht so weit geht, solche Weisungen als unzulässig zu verwerfen. Er beschäftigt sich zudem kaum mit der Frage des Bestandsschutzes während der Dauer des Beherrschungsvertrags. Zwar will diese allzu zurückhaltende Ansicht eine rücksichtslose Beherrschung nicht erlauben, sondern die Ausübung der Leitungsmacht immer mit Blick in die Zukunft unter Abwägung etwaiger negativer Langzeiteffekte verstanden wissen, aber sie spricht nicht die sofortige Unzulässigkeit der betreffenden Weisungen aus, sondern begnügt sich mit einer herabmildernden Weisungsmodifizierung ⁵⁾. Ihr kann, selbst wenn man sie als durchaus verständlich ansieht ⁶⁾, nur teilweise zugestimmt werden. Sie geht zwar vom richtigen Ansatz aus, bleibt aber auf halbem Wege, was eine effiziente Weisungsrechtsbegrenzung betrifft, und bringt damit für den Gesellschafts- und Minderheitenschutz der abhängigen juristischen Person bei Berücksichtigung der tatsächlichen Machtverhältnisse im Vertragskonzern nur eine praktisch unzulängliche Lösung.

1) Hommelhoff, S. 150 m.w.N.

2) Wilhelm, S. 139.

3) Wilhelm aaO.

4) Wilhelm, S. 140; dazu die Kritik bei Schulze-Osterloh, in: ZHR 142 (1978), 519, 522.

5) Wilhelm aaO.

6) Schulze-Osterloh aaO.

Eine dritte, in der Literatur mit geringfügigen Varianten ganz überwiegend vertretene Meinung ¹⁾ setzt der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens dogmatisch überzeugendere und praktisch effizientere Schranken. Danach muß die Existenzfähigkeit der abhängigen Gesellschaft unangetastet bleiben, und zwar sowohl während der Dauer als auch nach der Beendigung des Beherrschungsvertrages ²⁾. Eine sie ausschließende oder ernsthaft bedrohende Weisung darf der Vorstand als unzulässig und nicht dem § 308 AktG entsprechend nicht durchführen.

Die Einwände gegen die eher dürftigen gesetzlichen Vorschriften der §§ 300 - 303 AktG sind nicht von der Hand zu weisen angesichts ihrer in der Praxis erwiesenen Unzulänglichkeit, den Bestandsschutz der Gesellschaft vor allem während der Dauer des Vertrages zu gewährleisten ³⁾. Trotzdem, ja gerade deshalb kann es nicht im Sinne der Regeln für den Beherrschungsvertrag liegen, daß die Befugnisse des herrschenden Unternehmens bis zur Existenzgefährdung oder -vernichtung der abhängigen Gesellschaft reichen. Ob dabei ein Fall mißbräuchlicher Rechtsausübung ⁴⁾ vorliegt oder sogar eine immanente Schranke des Weisungsrechts überschritten wird, mag dahingestellt

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 55; Geßler, in: ZHR 140 (1976), 433 ff.; Immenga, in: ZHR 140 (1976), 301 ff.; Hommelhoff, S. 150 ff.; Emmerich/Sonnenschein, S. 192 ff.; Schneider, in: BB 1981, 251; Clemm, in: ZHR 141 (1977), 197 ff.; Mertens, in: AcP 168 (1968), 225, 233; Schulze-Osterloh, in: ZHR 142 (1978), 519 ff.; Bachelin, S. 57 ff.; Schauf, S. 83 ff.; Knoblauch, S. 68, der mit rechtlicher Selbständigkeit die Lebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft meint; Brachvogel, S. 49 ff.; Meiser, S. 21; Exner, S. 81; Semler, S. 134 ff.

2) Hommelhoff, S. 150; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 55; Immenga, in: ZHR 140 (1976), 301, 304.

3) Immenga aaO., S. 307; Geßler, in: ZHR 140 (1976), 433, 436; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 192 ff. und passim.

4) So Immenga aaO.; a.A. Geßler aaO., S. 440 f.; ders., jedoch anders in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 55.

bleiben. Jedenfalls kann weder durch die §§ 291 Abs. 1 S. 1 und 76 i.V.m. 308 AktG noch durch ein das Eigeninteresse des herrschenden Unternehmens "übergreifendes Konzerninteresse" die Existenzvernichtung des beherrschten Vertragspartners gedeckt werden ¹⁾.

Eindeutig für die Unzulässigkeit existenzgefährdender Weisungen spricht schließlich ein auf § 297 Abs. 1 AktG gestütztes Kriterium, das Schulze-Osterloh in die Diskussion eingeführt hat ²⁾. Würde nämlich die abhängige Gesellschaft durch die Verwirklichung der Weisung in eine existenzbedingende Abhängigkeit zum herrschenden Unternehmen geraten, wäre ihr Recht zur Kündigung des Beherrschungsvertrags künftig so gut wie ausgeschlossen. Das wäre jedoch mit § 297 Abs. 1 und auch mit dem Grundgedanken des § 299 AktG nicht vereinbar. Das herrschende Unternehmen darf m.a.W. durch die Ausübung seiner Leitungsmacht die Wirtschaftsverhältnisse nicht in dem Maße zu Lasten der abhängigen Gesellschaft umgestalten, daß letzterer eine Vertragskündigung unmöglich gemacht wird; eine solche ist aber der beherrschten Gesellschaft aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nur dann zuzumuten, wenn das wieder selbständig gewordene Unternehmen im Wirtschaftsleben weiter existenzfähig sein kann.

1) Immenga aaO.; a.A. Geßler, in: ZHR 140 (1976), 433, 440, wo er in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen für die Aufopferung der abhängigen Gesellschaft plädiert, wenn es um die Rettung des ganzen Konzerns gehen sollte. Ders. anders jedoch in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 55; mit der Aufopferung der abhängigen Gesellschaft einverstanden auch Glaser, S. 120.

2) Schulze-Osterloh, in: ZHR 142 (1978), 519, 523; Schauß, S. 85 f.; Semler, S. 136.

§ 5 ERTEILUNG, DURCHFÜHRUNG UND DURCHSETZUNG DER WEISUNG

A. Bedeutung der Weisungserteilung für die Förderung des Konzerninteresses

Durch den rechtswirksamen Abschluß eines Beherrschungsvertrages wird die innerkorporative Zuständigkeitsregelung der abhängigen Aktiengesellschaft umgeschichtet. Der Vorstand wird vom Führungs- zum Ausführungsorgan. Die Leitungsbefugnis, über die das herrschende Unternehmen aufgrund des Vertrages verfügt, vermag ihm jedoch nicht ohne weiteres die Entscheidungskompetenz in concreto einzuräumen. Nicht das durch den Beherrschungsvertrag der Konzernspitze eingeräumte Weisungsrecht als solches modifiziert das Recht und die Verpflichtung des Vorstands zur eigenverantwortlichen Leitung der abhängigen Gesellschaft, sondern erst durch die jeweilige Ausübung des Weisungsrechts seitens der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens wird das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands bei der Leitung der Gesellschaft durchbrochen ¹⁾. Die Erteilung der Weisung ist nicht eines von vielen Mitteln zur Durchsetzung des Willens der Herrschaftsperson, sondern vielmehr das einzige und ausschließliche Mittel. Die nach § 18 Abs. 1 AktG einheitliche Leitung wird im Rahmen des Vertragskonzerns durch die Weisungserteilung verwirklicht. Erst wenn der Wille des herrschenden Unternehmens auf diese Weise konkretisiert wird, tritt das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem evtl. mit ihm kollidierenden Konzerninteresse zurück. Macht dagegen die Konzernspitze von ihrem Weisungsrecht keinen Gebrauch, unterscheidet sich die Stellung des Vorstands nicht von derjenigen bei einer selbständigen kon-

1) Vetter, S. 115; Schauß, S. 89.

zernunabhängigen Aktiengesellschaft ¹⁾. Er ist folglich verpflichtet, gemäß §§ 76 Abs. 1, 93 AktG diejenigen Geschäftsführungsmaßnahmen zu treffen, die ihm zur Förderung des Gesellschaftsinteresses am besten geeignet erscheinen.

Im weisungsfreien Raum vermag der Beherrschungsvertrag die unternehmerische Selbständigkeit der Untergesellschaft nicht aufzuheben ²⁾, so daß deren Vorstand bei der Auswahl der zu treffenden Leitungsmaßnahmen keine Rücksicht auf das Konzerninteresse zu nehmen braucht ³⁾.

Die Meinung, die für ein konzernkonformes Verhalten des Vorstands auch in diesem Fall eintritt, weil bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages von der völligen Indienststellung der abhängigen Gesellschaft in die Interessen des herrschenden Unternehmens auszugehen sei ⁴⁾, ist abzulehnen. Die Prämisse dieser Ansicht geht weit über die gesetzliche Konzeption der Unantastbarkeit ⁵⁾ der innerkorporativen Zuständigkeitsordnung der beherrschten Gesellschaft bei Nichtausübung des Weisungsrechts hinaus.

Als konzernkonform wird das Verhalten des Vorstands dann bezeichnet, wenn sein Verantwortlichkeitsmaßstab ⁶⁾ nicht durch das Gesellschafts-, sondern durch das Konzerninteresse bestimmt wird. Sollte der Vorstand im Fall einer Interessenkollision den Konzernbelangen den Vorrang einräumen,

1) Rumpff, S. 123 f.; s. oben § 3 G.

2) Schauß, S. 33.

3) Glaser, S. 129; Schauß, S. 105: "... ohne Rücksicht auf das Konzernwohl"; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 1; Kropff, Begründung RegE, S. 403.

4) Neuhaus, S. 110.

5) Schauß, S. 31.

6) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 23 und 24.

würde er gegebenenfalls eine Benachteiligung bzw. Schädigung der Gesellschaft hinnehmen. Dazu ist er aber nicht berechtigt, es sei denn, er muß einer nach § 308 AktG erteilten Weisung Folge leisten. Das ergibt sich aus § 308 AktG sowie aus den die Verantwortlichkeit im Konzernregime regelnden Vorschriften der §§ 309 und 310 AktG ¹⁾.

Problematisch scheint außerdem die gemäßigte Meinung Glasers, nach der zwar im weisungsfreien Bereich keine Konzernkonformität verlangt wird, jedoch aus dem Beherrschungsvertrag die Nebenpflicht ²⁾ zu konzernfreundlichem Verhalten abgeleitet wird. Konzernfreundlich verhält sich danach der Vorstand, wenn er zwischen zwei oder mehreren ihm zur Disposition stehenden Geschäftsführungsmaßnahmen, die für eine Gesellschaft gleichermaßen nützlich sind, diejenige auswählt, welche das Interesse des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen am meisten fördert.

Abgesehen davon, daß die Nebenpflicht zu konzernfreundlichem Verhalten sich nicht zweifelsfrei aus dem Beherrschungsvertrag ergibt, ist fraglich ³⁾, inwieweit dem Vorstand zugemutet werden darf, permanent das Interesse des herrschenden Unternehmens und/oder der anderen Konzernglieder im Auge zu behalten. Der Überblick über die Belange des Gesamtkonzerns darf nicht beliebig dem Leitungsorgan der beherrschten Gesellschaft ab- und zuerkannt werden ⁴⁾. Außerdem gehört die Förderung des Konzerninteresses nicht zu seinem, sondern vielmehr zu dem Aufgabenbereich des herrschen-

1) Vgl. Meulenbergh, S.63.

2) Glaser, S. 129.

3) Glaser, S. 130.

4) Vgl. die entsprechende Argumentation bei Schauß, S. 34; ähnlich Pickardt, S. 46 und Rumpff, S. 134.

den Unternehmens ¹⁾, ihm bleibt die Verwirklichung dieses Zieles überlassen, da es gemäß § 308 AktG über die entsprechenden Durchsetzungsmittel verfügt.

Nach dem bisher Gesagten bleibt jedoch die Frage offen, wo die eigentliche Grenzziehung verläuft, denn eine einseitige Förderung des Gesellschaftsinteresses kann unschwer bis zur Auswahl konzernfeindlicher Leitungsmaßnahmen führen. Das Merkmal der Konzernfeindlichkeit einer Maßnahme bildet eine Schranke, welche der weisungsungebundene Vorstand einzuhalten hat. Er darf seinen weisungsfreien Tätigkeitsbereich nicht mißbrauchen, weil ein solches Verhalten dem Beherrschungsvertrag zuwiderläuft ²⁾.

I. Konsultationspflicht

Wenn der Entscheidungsspielraum des Vorstands nicht durch eine Weisungserteilung eingeschränkt wird, heißt dies jedoch nicht, daß er ohne weiteres Gebrauch von seiner freien Entscheidungsbefugnis machen sollte. Es sind Fälle denkbar, in denen das herrschende Unternehmen lange mit einer Weisungserteilung zögert oder aber die Geschäftsführungsmaßnahme, die der Vorstand zu treffen gedenkt, zwar nicht konzernfeindlich für die Konzernspitze, wohl aber für ein anderes Konzernunternehmen sein könnte.

Weisungsungebundene Entscheidungen des Vorstands können zu Reibungen zwischen den Vertragsparteien führen. Bedenkliche Geschäftsführungsmaßnahmen, auch wenn sie nicht unbedingt konzernfeindlich sind, können durch ihre negativen Auswirkungen für den Gesamtkonzern die innere Unternehmenskooperation stark belasten.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 75.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 76.

Deshalb ist es angebracht, in solchen Zweifelsfällen dem Vorstand die Pflicht zur Konsultation des herrschenden Unternehmens aufzuerlegen. Es ist bemerkenswert, daß alle drei oben unter 5, A erwähnten divergierenden Meinungen, wenn auch mit verschiedener Argumentation, zu dem Erfordernis der Konsultationspflicht kommen ¹⁾. Sie ist nicht nur die einzige Möglichkeit, in Zweifelsfällen rechtzeitig Fehlentscheidungen vorzubeugen, sondern sie ergibt sich auch aus dem Beherrschungsvertrag ²⁾.

Die Konsultationspflicht geht allerdings nicht so weit, daß der Vorstand fast immer, wenn keine Weisungserteilung vorliegt, die Konzernspitze zu konsultieren hat ³⁾. Dies würde die freie Entscheidungsbefugnis des Leitungsorgans der abhängigen Gesellschaft zu stark beschränken.

II. Pflicht des Vorstands der abhängigen Gesellschaft zur Einholung einer Weisung

Die Autoren ⁴⁾, die vom Bestehen einer Konzernleitungspflicht ausgehen, billigen der abhängigen Gesellschaft eine autonome Disposition praktisch nur unter der Voraussetzung zu, daß der Leitungsbefugnis bzw. der nach ihrer Meinung bestehenden Leitungspflicht der Muttergesellschaft solche vertraglichen Schranken durch den Beherrschungsvertrag gesetzt worden sind, so daß sie nicht mehr "streng zentralistisch bis hinab zu den Einzelheiten des

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 25; Halter, S. 178; Glaser, S. 130, Fn. 1; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 76.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO.

3) a.A. Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 24 und 25 und ihnen folgend Halter aaO.

4) Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, S. 76 ff. und passim; Timm, S. 95 und 136; Schneider, BB 1981, 249, 253; Semler, S. 107 ff.

Tagesgeschäfts in der Konzerntochter zu leiten vermag" ¹⁾. Abgesehen von der in der Praxis schwierigen Durchsetzbarkeit solcher Einschränkungen der Konzernleitungsmacht seitens der beherrschten Gesellschaft hat das Aktiengesetz keineswegs beabsichtigt, der Konzernpraxis dezentrale oder zentralistische Organisationsmodelle vorzuschreiben. Andererseits kann der Ansicht, nach der das beherrschende Unternehmen im Vertragskonzern sogar zur Weisungserteilung verpflichtet sei, nicht gefolgt werden. Sie geht mit ihren Überlegungen weit über die gesetzlichen Bestimmungen des § 308 AktG hinaus. Es geht zu weit, anstatt von einem Weisungsrecht von einer Weisungspflicht der Konzernspitze - von vereinzelten Ausnahmen abgesehen - zu sprechen.

Es bleibt also dem herrschenden Unternehmen selbst überlassen, ob die Organisationsstruktur straff oder locker sein soll ²⁾. Es ist unzutreffend, das zentrale Organisationsmodell mit einer Konzernleitungspflicht in Verbindung zu setzen. Andererseits kann die dezentrale Organisationsform nicht von dem Bestehen eines bloßen Leitungsrechts abhängig gemacht werden.

Nach Reh binder ³⁾ hängt der Zentralisationsgrad jedes Konzernzusammenschlusses von der Mitwirkung verschiedener Faktoren ab. Maßgebend sind sachbezogene Elemente (d.h. die Art des Konzernzusammenschlusses - horizontal, vertikal oder konglomerat), marktwirtschaftliche Parameter wie die jeweilige Konjunkturlage und vor allem personenbezogene Gegebenheiten wie der Führungsstil derjenigen Leitungspersonen, welche die konzernverfassungsgestaltende Kompetenzverteilung bestimmen. Allerdings erfolgt eine Zentralisierung unternehmerischer Teilaufgaben im Bereich der horizontalen

1) Hommelhoff aaO., S. 152 f.

2) Schauß, S. 19 und 37; Schneider, ZHR 143 (1979), 485, 504.

3) Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 38 f.

Unternehmensverbindungen viel häufiger als in vertikalen oder konglomeraten, weil die Voraussetzung dieser Zentralisation, eine gewisse Gleichartigkeit der Konzernunternehmen, bei horizontalen Konzernen eher zu finden ist.

Die Frage, ob bei streng zentralistisch geleiteten Unternehmenszusammenschlüssen eine Pflicht der abhängigen Gesellschaft besteht, Weisungen von der Konzernspitze einzuholen, ist somit zu bejahen. Die unternehmerische Selbständigkeit der Konzerntochter, soweit überhaupt vorhanden, ist hier auf ein Minimum reduziert. Trotzdem kann auch in diesem Fall eine generelle Anordnung an den Vorstand der Gesellschaft, immer nur aufgrund einer Weisungserteilung tätig werden zu dürfen, aus Mangel an der notwendigen Bestimmbarkeit nicht als Weisung qualifiziert werden¹⁾. Sind die abhängigen Unternehmen dagegen stärker mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet und hat sich die Konzernspitze lediglich die Grundsatzentscheidung und die Koordination der von den abhängigen Gesellschaften zu treffenden Maßnahmen vorbehalten, liegt eine tendenziell dezentrale Organisationsstruktur vor. Mangelt es hier an einer Weisung, muß sie der Vorstand nicht einholen. Wenn es aber um "bedeutsame Geschäfte"²⁾ geht, kann seine Konsultationspflicht einer möglichen Kollision zwischen Gesellschafts- und Konzerninteressen ausreichend vorbeugen. Dennoch ist es möglich, auch in diesem Fall den abhängigen Unternehmen eine Pflicht zur Einholung von Weisungen aufzuerlegen. Dazu sollte das herrschende Unternehmen im voraus eine generelle Weisung erteilen, nach der bestimmte Geschäfte, etwa ab einer gewissen Größenordnung, oder besonders essentielle Geschäftsmaßnahmen, z.B. Verkauf oder Erwerb von Lizenzen oder Patenten, Abbruch eines Forschungsprojekts, Produktionsumstellung usw., der ausdrücklichen Zustimmung der Konzernspitze nicht entzogen werden dürfen³⁾. In diesen Fällen

1) Schauß, S. 105 f.

2) Vgl. Glaser, S. 130, Fn. 1.

3) Schauß, S. 105.

besteht nicht nur eine Pflicht des Vorstands der abhängigen Gesellschaft, die Weisung einzuholen, sondern gleichzeitig auch eine Pflicht des herrschenden Unternehmens, die gebotene Weisung zu erteilen ¹⁾.

B. Pflicht zur Prüfung und Befolgung der Weisung

Dem Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages zufolge ²⁾ müßte "der Vorstand der abhängigen Gesellschaft berechtigt und gesetzlich verpflichtet werden, den Leitungswillen des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Soweit ein Geschäft der Zustimmung des Aufsichtsrates der abhängigen Gesellschaft bedürfte, müßte das Gesetz diesen berechtigen und verpflichten, seine Zustimmung zu erteilen. Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft hätten weder stets die Möglichkeit noch sollten sie das Recht haben, nachzuprüfen, ob sich der Leitungswille des herrschenden Unternehmens im Rahmen der gesetzlichen Grenzen hält". Hätte der Gesetzgeber diese Forderung übernommen, hätte das zu einer bedingungslosen Willensunterworfenheit der abhängigen Gesellschaft geführt, deren Leitungsorgan im Rahmen eines Vertragskonzerns beinahe jeder Weisung nachzukommen hätte, ohne sie vorher auf ihren Inhalt hin prüfen zu dürfen. Eine generelle Folgepflicht des Vorstands hat zwar in § 308 Abs. 2 S. 1 AktG ihren Niederschlag gefunden, sie wurde aber durch § 308 Abs. 1 S. 2 AktG bis zu einem gewissen Grad relativiert.

1) Anders Schauß aaO.

2) DJT-Konzernrecht, Rz. 577; dazu auch Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 18 und Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 65.

Die auf § 308 Abs. 2 S. 1 AktG beruhende Pflicht des Vorstands, den Weisungen der Konzernspitze Folge zu leisten, korrespondiert ¹⁾ mit deren Weisungsrecht nach § 308 Abs. 1 S. 1 AktG. Deswegen bilden gleichzeitig die dem Weisungsrecht gesetzten Schranken die Konturen der Weisungsfolgepflicht. Dennoch ist die gesetzliche Zulässigkeit des Weisungsrechts mit der Folgepflicht des angewiesenen Vorstands nicht völlig deckungsgleich. Seine Folgepflicht geht weit über die Befolgung rechtlich zulässiger Weisungen hinaus, er kann nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein, unter bestimmten Umständen Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen, die im Gesetz keine Grundlage finden ²⁾.

Auch wenn der beherrschten Gesellschaft nach § 308 AktG eine umfassende Folgepflicht auferlegt wird, kann man nicht davon ausgehen, daß die Weisung "nach dem Willen des Gesetzgebers nur einer stark eingeschränkten Prüfungspflicht des Vorstands unterliegt" ³⁾. Dies wäre mit der Verantwortung des Vorstands als Geschäftsführungsorgan nicht vereinbar ⁴⁾. Nicht nur der weisungsungebundene Vorstand hat bei der Geschäftsführung seiner Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die gleiche Sorgfaltspflicht und der gleiche Haftungsmaßstab ⁵⁾ trifft die Vorstandsmitglieder gemäß § 310 Abs. 1 AktG, wenn sie infolge einer Weisungserteilung die angeordneten Maßnahmen treffen sollen. Aus §§ 308, 310 AktG ergibt sich somit die Pflicht für das Leitungsorgan der Gesellschaft, bevor es der Weisung nachkommt, unter eigener Verantwortung

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 14; Vetter, S. 124; Neuhaus, S. 97.

2) Knoblau, S. 72; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 15; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 71; Schauß, S. 115; unklar Neuhaus, S. 98.

3) So Neuhaus, S. 102.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 66.

5) So auch Schauß, S. 119; Meulenbergh, S. 67.

nachzuprüfen ¹⁾, ob es überhaupt die angewiesene Handlung durchführen oder das angeordnete Verbot einhalten darf, will es sich nicht ersatzpflichtig machen.

I. Durchführung der Prüfung

Aufgrund seiner Prüfungspflicht hat der Vorstand die erteilte Weisung unter verschiedenen Aspekten zu kontrollieren ²⁾.

Zunächst hat der Weisungsempfänger die konkret zu treffende Leitungsmaßnahme auf ihre umfassende Gesetzmäßigkeit hin zu untersuchen. Sowohl eine Weisung, die von ihm eine Handlung verlangen würde, welche mit den allgemeinen oder mit den zwingenden aktienrechtlichen Gesetzesbestimmungen nicht in Einklang steht ³⁾ bzw. sittenwidrig ist ⁴⁾, als auch eine Anordnung, solche Maßnahmen zu unterlassen, welche dem Vorstand im öffentlichen Interesse auferlegt werden ⁵⁾, muß er als unzulässig zurückweisen. Das gleiche gilt für eine Weisung, die entweder gegen die zwingenden Bestimmungen der Satzung ⁶⁾ der abhängigen Gesellschaft verstößt, bzw. eine Weisung, die die evtl. in dem Beherrschungsvertrag vereinbarten Einschränkungen der Leitungsbefugnis des Weisungsgebers nicht respektiert ⁷⁾. Diese Prüfungs-

1) Hueck, A., DB 1959, S. 223; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 18; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 15; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 3.

2) Vgl. graphische Darstellung der Prüfungspflichtstufen b. Schauß, S. 142.

3) Vgl. oben § 4, C.

4) Kropff, Begründung RegE, S. 403.

5) Kropff, Begründung RegE, S. 403; Schauß, Fn. 177.

6) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 65.

7) Neuhaus, S. 90.

stufe ist dadurch gekennzeichnet, daß die Befolgung der Weisung verweigert werden muß. Wird festgestellt, daß sie nicht aus den genannten Gründen zurückgewiesen werden muß, muß sie der Vorstand weiter prüfen.

Er hat darüber hinaus abzuwägen, ob die Durchführung der Weisung nachteilige Auswirkungen für die abhängige Gesellschaft haben kann oder nicht. Nur im zweiten Fall muß er ohne weiteres die angewiesene Maßnahme ausführen. Bringt jedoch die Weisung Nachteile für seine Gesellschaft mit sich, hat er weiter zu untersuchen, ob diese Nachteilszufügung durch das übergeordnete Konzerninteresse legitimiert ist ¹⁾. Läßt sich diese Frage bejahen, muß er der Weisung ebenfalls Folge leisten. Seine Sorgfaltspflicht gebietet ihm allerdings, wie Geßler betont ²⁾, die Konzernspitze unverzüglich auf die Art und den Umfang der seiner Gesellschaft drohenden Nachteile aufmerksam zu machen, unabhängig davon, ob er sich überzeugt hat, daß die für die Gesellschaft nachteilige Weisung von dem Konzerninteresse gedeckt wird oder nicht. Auch wenn er annimmt, durch die nachteilige Weisung werde den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und seiner Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen gedient, sollte ein verantwortungsbewußter Vorstand versuchen, die Konzernspitze zu überzeugen, entweder die angeordnete Maßnahme rückgängig zu machen oder zumindest den Umfang ihrer für die Gesellschaft nachteiligen Auswirkungen einzuschränken. Besteht dennoch das herrschende Unternehmen auf seiner Anordnung, ist der Vorstand zu deren Durchführung verpflichtet.

Die letzte Stufe der Nachprüfung, zu der der Vorstand möglicherweise veranlaßt sein kann, ergibt sich aus § 308 Abs. 2 S. 2 2. HS AktG. Sie setzt eine zwar gesetz-, satzungs- und vertragsmäßige, aber nachteilige Weisung voraus, bei der die Legitimation durch das Konzerninteresse fehlt. In diesem Fall muß der Vorstand die Ausführung dann verweigern, wenn erkennbar ist, daß

1) Ähnlich Glaser, S. 64.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 69.

die Weisung weder den Belangen ¹⁾ des herrschenden Unternehmens noch der übrigen Konzernglieder dient und diese Feststellung "offensichtlich" ist. Verweigert er die Ausführung nicht, macht er sich seiner Gesellschaft gegenüber nach § 310 Abs. 1 AktG ersatzpflichtig. Liegt dagegen, was die Offensichtlichkeit der fehlenden Konzerndienlichkeit betrifft, ein Grenzfall vor, und beharrt die Konzernspitze auf der Durchführung der Weisung, hat er sie trotzdem zu befolgen. Der Gesellschaft bleibt das Recht vorbehalten, gemäß § 309 AktG ihre Ersatzansprüche für den ihr entstandenen Schaden geltend zu machen. In diesem Fall sah sich der Gesetzgeber gezwungen, durch die wenig geglückte ²⁾ Formulierung des § 308 Abs. 2 S. 2 AktG dem Vorstand die Pflicht zur Ausführung einer derartigen Weisung aufzuerlegen, um die Funktionsfähigkeit der Geschäftsführung auch dann zu gewährleisten, wenn die Meinungen des herrschenden Unternehmens und des Vorstands voneinander abweichen sollten.

II. Abgrenzungskriterien

Schon vor der Einführung des geltenden Aktiengesetzes wurde im Schrifttum der Versuch unternommen ³⁾, die Abgrenzungslinie zwischen Folge- und Unterlassungspflicht des weisungsgebundenen Vorstands mit Hilfe von

1) Weil die Nachteiligkeit hier vorausgesetzt wird, ist der Hinweis Geßlers überflüssig, daß sie den Belangen der abhängigen Gesellschaft nicht dienen soll, so: Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 70.

2) So Geßler, in: ZHR 140 (1976), 433, 437.

3) Mestmäcker, Verwaltung, S. 279.

Gesetzmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen zu verdeutlichen. Diese Betrachtungsweise hat nicht an Bedeutung eingebüßt, obwohl eine Tendenz zur Fallgruppenbildung in der neueren Literatur deutlich zunimmt ¹⁾.

Würdinger ²⁾ räumt dem Vorstand lediglich das Recht ein, nur die Gesetzmäßigkeit der Weisung bei der Abwägung zu berücksichtigen und versagt ihm das Weigerungsrecht aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten mit dem Argument, er sei aus Informationsmangel nicht in der Lage, Gesellschafts- und Konzerninteresse gegeneinander sachgemäß abzuwägen ³⁾. Diese Ansicht betont übermäßig das Informationsdefizit des Vorstands hinsichtlich der Konzerninteressen mit der Konsequenz, daß seine Prüfungspflicht derartig schrumpft, daß sie nur noch die Fälle der Verletzung von Gesetzesvorschriften einerseits und der Erteilung einer Weisung, die offensichtlich nicht den Konzernbelangen dient, umfaßt. Würdinger zieht die Grenzen der Prüfungspflicht sehr eng: "Andererseits soll der Vorstand nicht mit der für ihn kaum möglichen Prüfung belastet werden, ob die Benachteiligung dem Konzerninteresse entspricht. Trifft dies offensichtlich nicht zu, dann bedarf es eben keiner Prüfung durch den Vorstand." ⁴⁾

Es ist indessen einer anderen Ansicht zu folgen, die ebenfalls vom Ausschluß der Zweckmäßigkeitsprüfung durch den Vorstand ausgeht, sich aber nicht in Gesetzmäßigkeitserwägungen für seine Prüfungspflicht erschöpft. Sie erweitert die Prüfungspflicht zu einer Prüfung der Nachteilszufügung, zu der der Vorstand verpflichtet ist und erlegt ihm die Pflicht auf, die Konzernspitze

1) Immenga, in: ZHR 140 (1976), 301 ff.; Geßler, in: ZHR 140 (1976), 433 ff.; Clemm, in: ZHR 141 (1977), 197 ff.; Schauß, S. 73 ff.; Neuhaus, S. 103.

2) Großkommentar AktG, § 308, Anm. 15.

3) Vgl. auch Kropff, Begründung RegE, S. 403.

4) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 15 i.f.

darauf aufmerksam zu machen ¹⁾. Das darf nicht als Zweckmäßigkeitsprüfung mißverstanden werden, denn sowohl bei nachteiligen Weisungen als auch bei solchen, die "nur" oder "teilweise" durch das Konzerninteresse gedeckt werden, darf der Vorstand gemäß § 308 Abs. 2 S. 2 1. HS AktG keineswegs die Durchführung verweigern, falls das herrschende Unternehmen, nachdem ihm der Vorstand seine Bedenken mitgeteilt hat, auf der Weisungsdurchführung besteht. § 308 Abs. 2 S. 2 1. HS AktG darf nicht so interpretiert werden, als sollte er hauptsächlich die materiellrechtliche Position der abhängigen Gesellschaft weiter einengen, der dient vielmehr vor allem der möglichst reibungslosen Konzernführung, indem er die Entscheidungspriorität der Konzernobergesellschaft zuweist ²⁾. Im Falle eines Kompromisses durch die Zwischenschaltung des Vorstands, der evtl. zu einer den Interessen der abhängigen Gesellschaft gerechteren Umformulierung der anfänglichen Weisung beitragen könnte und der pluralistischen Struktur der verschiedenen Interessengruppen der abhängigen Gesellschaft besser Rechnung trüge, dürfte man sogar annehmen, daß die Haftung der Konzernspitze nach § 309 Abs. 4 AktG abgewendet werden kann.

Der Versuch, nicht nur die Prüfungs- und Folgepflicht, sondern auch das Weigerungsrecht und die Verantwortung der Vertragsparteien zu präzisieren, bedarf einer Erläuterung der Begriffe der Nachteiligkeit, Konzerninteresse und Offensichtlichkeit.

1. Nachteiligkeit

Die Tatsache, daß eine Weisung den Konzernbelangen dienlich ist, legitimiert deren Nachteiligkeit für die beherrschte Gesellschaft, setzt sie aber nicht voraus. Die Begriffe der Nachteiligkeit und der Konzerndienlichkeit

1) So Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 66.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 71.

sind nur bedingt miteinander verbunden. Auch wenn die Nachteiligkeit in der Regel nicht alleinentscheidend für das Weigerungsrecht angesehen ist, ist sie dennoch von Bedeutung. Nicht nur der Weisungsempfänger muß, wie erwähnt, mindestens versuchen, die nachteiligen Auswirkungen für seine Gesellschaft zu reduzieren, sondern auch der Weisungsgeber hat im Falle eines vertraglichen Ausschlusses nachteiliger Weisungen diese Einschränkung einzuhalten.

Der nachteilige Charakter der Weisung ergibt sich nicht nur, wenn die Durchführung der angewiesenen Maßnahme mit einem Schaden für die Gesellschaft verbunden ist. Auch eine Weisung, die den aufgrund bereits getroffener Geschäftsführungsmaßnahmen erwarteten Gewinn verhindert oder auch vermindert, ist nachteilig ¹⁾.

Auch außerhalb der Fälle des entgangenen Gewinns kann die Weisung nachteilig wirken. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Gesellschaft angewiesen wird, ihre Produkte billiger an Konzernunternehmen als auf den freien Markt zu liefern, und sich veranlaßt sieht, deren Qualität zu mindern, um den Gewinn stabil zu halten. Falls dadurch der gute Ruf der Gesellschaft leidet, ist die Weisung ebenfalls als nachteilig anzusehen. Auch Weisungen, durch welche die Aktiengesellschaft einem übermäßigen Risiko ausgesetzt wird, können nachteilig sein. Dies ist der Fall, wenn sie aufgrund einer Weisung Darlehen gewähren oder Bürgschaften übernehmen soll ²⁾ und die Bonität ³⁾ der zu unterstützenden Unternehmen sich als zweifelhaft darstellt.

1) Glaser, S. 54.

2) Glaser, S. 56.

3) Clemm, in: ZHR 141 (1977), 197 ff.

Allerdings darf die subjektive Ansicht des angewiesenen Vorstands genau so wenig wie jene des herrschenden Unternehmens den Ausschlag für die Beurteilung der Nachteiligkeit der Weisung geben. Der Nachteil hat sich aus der objektiven ¹⁾ Beurteilung der jeweils angeordneten Maßnahme zu ergeben.

Ein Versuch, die zu beurteilende Anordnung mit jener hypothetischen Maßnahme zu vergleichen, welche der Vorstand getroffen hätte, wäre die Weisung nicht ergangen, um abzuwägen, ob sie nachteilig ist oder nicht, ist wenig praktikabel ²⁾. Dies würde vielmehr letztlich die subjektive Auffassung des Vorstands der Gesellschaft einführen, weil es ihm nicht allzu schwer sein dürfte, zu behaupten, er habe vorgehabt, eine vorteilhafte oder zumindest eine weniger nachteilige Geschäftsführungsmaßnahme zu treffen ³⁾. Auf der anderen Seite erlaubt diese Ansicht die Schlußfolgerung, je nachlässiger der Vorstand der abhängigen Gesellschaft seine Pflichten erfülle, desto enger solle der Begriff der Nachteiligkeit ausgelegt werden ⁴⁾. Dadurch würde unschwer neben dem Konzerninteresse eine zusätzliche Legitimation für nachteilige Weisungen geschaffen, weil die Konzernspitze wenig Bedenken haben wird, nachteilige Weisungen zu erteilen, wenn sie sich darauf berufen kann, daß die Gesellschaft ja vor der (tatsächlichen oder angeblichen) Nachlässigkeit ihres Vorstands bewahrt werden müsse.

Ein anderer Versuch, die Nachteiligkeit der Weisung zu definieren, geht von der Annahme aus, daß dem herrschenden Unternehmen bei seiner Weisungserteilung keine größere Sorgfaltspflicht als jene des Vorstands einer unabhängigen Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 AktG auferlegt werden kann,

1) Glaser, S. 53.

2) So jedoch Glaser, S. 54; auch Clemm, in: ZHR 141 (1977), 197 ff.

3) Ähnlich, aber in anderem Zusammenhang, Glaser, S. 55.

4) Glaser aaO., S. 54.

denn es darf von der Konzernspitze kein präziserer Informationsstand über die wirtschaftliche Lage der abhängigen Gesellschaft verlangt werden als von ihrem eigenen Vorstand ¹⁾. Diese Ansicht definiert die nachteilige Weisung als Anordnung zu einer Maßnahme, deren Durchführung durch einen unabhängigen Vorstand als Pflichtverletzung im Sinne von § 93 Abs. 2 AktG anzusehen wäre ²⁾. Selbst die Vertreter dieser Meinung zeigen allerdings Ausnahmefälle auf, nämlich die Darlehensgewährung und die Bürgschaftsübernahme, welche nachteilig sein können, obwohl diese Maßnahmen, wären sie vom Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft getroffen, die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 2 AktG nicht ohne weiteres verletzen würden. Es ist sehr fraglich, ob eine Beschränkung nur auf diese Ausnahmefälle möglich ist. Weisungen, nach denen die abhängige Gesellschaft Beteiligungen an anderen Unternehmen erwerben ³⁾ oder liquide Mittel in Spekulationsgeschäfte einsetzen soll, können unter Umständen auch als nachteilig angesehen werden.

Ob dem Nachteil der Gesellschaft immer ein Vorteil für das herrschende Unternehmen oder für die mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen gegenübersteht, und ob auch ein geringer Vorteil einen unverhältnismäßig großen Nachteil zuläßt, sind Fragen, die eher der Konzerninteresseproblematik angehören und in deren Rahmen beantwortet werden.

1) Glaser aaO., S. 55.

2) Glaser, ebenda, S. 56; vgl. auch Schauß, S. 68; ähnlich Clemm, in: ZHR 141 (1977), 197, 201.

3) So ausdrücklich Geßler, in: ZHR 140 (1976), 438.

2. Konzerninteresse

Das Konzerninteresse ist kein Unterbegriff des Allgemeininteresses¹⁾. Thesen wie die, daß jeder von einem Unternehmen erzielte Gewinn zu erhöhtem Einkommen der Beschäftigten führe und deswegen über die Verbesserung der Arbeitsmarktlage und durch die Ermöglichung der Zunahme der Verbrauchsnachfrage im Endergebnis der Allgemeinheit zugutekomme²⁾, verlagern den Versuch einer Definition auf ein Feld außerhalb der konzernrechtlichen Dimensionen. Man darf das Konzerninteresse nicht so weit ausdehnen, daß es sich nur aufgrund volks- und betriebswirtschaftlicher Nützlichkeitsvorstellungen umschreiben läßt³⁾.

Ebenfalls unzutreffend ist die Meinung⁴⁾, die vom injustitiablen Charakter des Konzerninteresses ausgeht, um zu dem Schluß zu gelangen, das herrschende Unternehmen sei als einziges in der Lage, im konkreten Fall darüber zu bestimmen, welche Maßnahme seinen Belangen und denen des mit ihm und der Gesellschaft verbundenen Unternehmens dient.

"Konzerninteresse" ist vielmehr ein unbestimmter Rechtsbegriff, und im Streitfall muß dem Richter vorbehalten bleiben, über die Konzerndienlichkeit der Weisung zu urteilen, damit überprüft werden kann, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 309 AktG erfüllt worden sind⁵⁾. Das Konzerninteresse muß richtigerweise als ein Interesse betrachtet werden, das sich aus dem Gesellschaftsrecht ergibt⁶⁾.

1) So auch Brachvogel, S. 21.

2) So vor allem unter der Geltung des AktG 1937 Glaser, S. 109 f.

3) So aber Schauß, S. 72.

4) Knoblaue, S. 61; Schauß, S. 69.

5) Knoblaue, S. 62; Schauß, S. 70.

6) Glaser, S. 110.

Übereinstimmung besteht, daß nachteilige Weisungen in einem Beherrschungsvertrag keine Rechtsgrundlage finden, wenn sie nur den nicht-unternehmerischen Interessen eines Aktionärs bzw. des herrschenden Unternehmens dienen ¹⁾. Das unternehmerische Interesse des herrschenden Unternehmens ist nicht immer deckungsgleich mit dem Konzerninteresse. Es reicht nicht aus, daß der Nachteil, der der abhängigen Gesellschaft durch die Weisungsdurchführung entsteht, als Vorteil dem herrschenden oder einem anderen Konzernunternehmen zugutekommt ²⁾. Seitdem der Gesetzgeber mit § 308 Abs. 2 AktG nur die Interessen des Gesamtkonzerns und nicht die eines einzelnen Konzernunternehmens als Legitimationsgrund für die Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft gemeint hat, wurde die Konzeption des Konzerninteresses auf eine neue theoretische Grundlage gestellt.

Das Konzerninteresse wird nunmehr als die "Belange des Konzerns" ³⁾ betreffend begriffen, d.h. als ein Interesse, das den einzelnen Interessen der Konzernunternehmen übergeordnet ist, und das als übergreifendes Interesse nicht nur gegenüber dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft, sondern auch gegenüber demjenigen des herrschenden Unternehmens angesehen wird. Diese grundsätzlich zutreffende Auffassung wirft jedoch den Einwand auf, wer Interessenträger ist. Es wird die These vertreten ⁴⁾, daß ein eigenes Verbandsinteresse dem Konzern nicht zuerkannt werden darf, da weder die zum Konzern zusammengesetzten Unternehmen einen Verband bilden noch könnten sie gemeinsam als Träger des Konzerninteresses be-

1) Kropff, Begründung RegE, S. 403; Immenga, in: ZHR 140 (1976), 304; Halter, S. 179; Brachvogel, S. 20.

2) Dazu Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 53.

3) Immenga, in: ZHR 140 (1976), 304; Geßler, in: ZHR 140 (1976), 437; ähnlich auch Clemm, in: ZHR 141 (1977), 202 "Vorteil für den Gesamtkonzern"; er fügt aber hinzu "oder einzelne Konzernunternehmen".

4) Brachvogel, S. 19.

trachtet werden. Außerdem könne der Konzern selbst nicht als Träger des Konzerninteresses angesehen werden, weil ihn der Gesetzgeber nicht als Rechtssubjekt anerkannt hat.

Diesem Einwand ist folgendes entgegenzuhalten: Man kann davon ausgehen, daß die den Vertragskonzern bildenden Unternehmen als eine ertrags- und vermögensmäßige Zusammenfassung eine neue wirtschaftliche Einheit darstellen ¹⁾. Das kann man der Auffassung Zöllners ²⁾, daß im Konzern das trennende Element im Vordergrund steht, entgegenhalten. Auch wenn der Meinung nicht bedenkenlos gefolgt werden kann, daß nun mehr das Gemeinsame als das Trennende der Konzernunternehmen betont wird ³⁾, sollte ein verbandsähnliches Interesse im Vertragskonzern trotz der immer noch divergierenden Interessen nicht ausgeschlossen werden.

Was die Frage des Trägers des Konzerninteresses angeht, so darf sie nach Glaser ⁴⁾ offenbleiben, sofern sich aus dem Gesetzestext ergibt, daß § 308 Abs. 2 ein übergreifendes Verbandsinteresse konstituiert. Das Problem weist Parallelen zu der Diskussion über das Unternehmensinteresse auf. So wie es sich erübrigt, nach dem Träger des Unternehmensinteresses zu suchen ⁵⁾, wenn man es mit Semler als das Ergebnis des Ausgleichs zwischen den Interessen derjenigen Kräfte, die das Unternehmen bilden, definiert, genau so wenig darf man ein übergeordnetes Konzerninteresse von einem Interessenträger "Konzern" abhängig machen. Wenn das "Konzerninteresse" als Ergeb-

1) Geßler, in: ZHR 140 (1976), 437.

2) Zöllner, Schranken, S. 82.

3) So Glaser, S. 114, der andererseits aber auf S. 75 betont, daß herrschendes Unternehmen und abhängige Gesellschaft "in einem naturgegebenen Gegnerverhältnis zueinander stehen".

4) S. 114.

5) Zöllner, Schranken, S. 70 ff.

nis des Ausgleichs zwischen den disponiblen Interessen aller den Konzern tragenden Faktoren betrachtet ¹⁾ wird, bedarf es nicht eines Rechtssubjekts als Träger dieses Interesses ²⁾. Die juristische Unselbständigkeit des Konzerns, von der der Gesetzgeber ausgeht, darf folglich nicht als unvereinbar mit der Annahme eines verbandsähnlichen ³⁾ Konzerninteresses angesehen werden. So ist für die Legitimation der Weisung nicht die Tatsache ausreichend, daß sie nur dem Interesse des herrschenden Unternehmens dient, weil dieses ein Minus gegenüber dem Konzerninteresse ist ⁴⁾. Es ist nicht zulässig, daß das herrschende Unternehmen, unter dessen einheitlicher Leitung eine Vielzahl abhängiger Unternehmen zusammengefaßt worden ist, seine unternehmerische Konzernführungsfunktion derartig ausübt, daß es nur sein eigenes Interesse berücksichtigt ⁵⁾. Die übergreifende Natur des Konzerninteresses gebietet bei Weisungserteilung jede Weisung, die nur dem Interesse des herrschenden Unternehmens dient, ohne gleichzeitig von dem Konzerninteresse gedeckt zu sein, als unzulässig anzusehen ⁶⁾. Wird das Konzerninteresse als mit dem eigenen Interesse des herrschenden Unternehmens nicht immer identisch betrachtet, erhebt sich zwangsläufig die Frage, nach welchen Gesichtspunkten das herrschende Unternehmen zu handeln hat, wenn sein Interesse mit jenem des gesamten Konzerns kollidiert. Danach kann dem Interesse der Konzernspitze nur in den Fällen Priorität eingeräumt werden, in denen keine Weisungen an beherrschte Unternehmen erteilt werden. Das Leitungsorgan der Obergesellschaft hat dann nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, diejenigen Leitungsmaßnahmen zu tref-

1) Semler, S. 175.

2) Diese tragenden Faktoren sind nicht die einzelnen Konzernunternehmen, so Semler, S. 175; anders Glaser aaO.

3) a.A. Brachvogel, S. 19.

4) Semler, S. 176.

5) Semler aaO.

6) So auch Geßler, in: ZHR 140 (1976), 437.

fen, die deren Interessen am besten wahren. Hat jedoch das herrschende Unternehmen eine Weisung zu erteilen, dann muß es zwischen mehreren ihm zur Disposition stehenden diejenige auswählen, die dem Konzerninteresse nicht schadet, auch wenn sie für sein eigenes Interesse nicht optimal erscheint. Das hat zur Konsequenz, daß die Pflicht des Leitungsorgans der Konzernobergesellschaft, eine konzernschädigende Weisung zu unterlassen, den Vorrang hat vor seiner Pflicht, das Interesse der Konzernspitze bestmöglich zu fördern ¹⁾. Sie führt allerdings nicht etwa zu der Pflicht des herrschenden Unternehmens, solche Weisungen zu erteilen, die zwar die Interessenlage der abhängigen Gesellschaft und der anderen Konzernunternehmen berücksichtigen, die sich aber schädlich für das Interesse der Konzernspitze auswirken, auch wenn dadurch per Saldo ein Vorteil des Konzerns im ganzen gewährleistet würde. Eine konträre Auffassung würde mit der nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG dem herrschenden Unternehmen eingeräumten Herrschaftsposition im Unterordnungskonzern nicht in Einklang stehen. Die Pflicht zur Mitberücksichtigung des übergeordneten Konzerninteresses darf nicht so weit ausgedehnt werden, daß die Funktion des Beherrschungsvertrages als Rechtsgrundlage zur Ausübung der Leitungsmacht praktisch bedeutungslos wird ²⁾. Das aus § 308 Abs. 2 AktG resultierende Konzerninteresse vermag die Weisungserteilung nur negativ zu begrenzen. Durch die Weisung dürfen zwar die Belange des Gesamtkonzerns nicht geschädigt werden, sie müssen aber auch nicht gefördert werden, wenn ihre Förderung den Interessen des Unternehmens schadet ³⁾.

Aus dieser Konzeption des Konzerninteresses folgt, daß das herrschende Unternehmen keine Weisung erteilen darf, durch welche es oder ein anderes Konzernunternehmen zwar einen Vorteil erlangt, der angewiesenen Gesell-

1) So Glaser, S. 123.

2) Glaser, S. 124.

3) Glaser, S. 125.

schaft aber gleichzeitig ein unverhältnismäßig großer Nachteil zugefügt wird ¹⁾, so daß schließlich für den Konzern per Saldo ein Schaden entsteht. Andererseits sind solche Weisungen unzulässig, durch welche die Lebensfähigkeit der angewiesenen Gesellschaft während der Dauer oder vor allem nach der Beendigung des Beherrschungsvertrages ernsthaft bedroht wird ²⁾.

3. Offensichtlichkeit

Wie schon erwähnt, erlegt das Gesetz dem angewiesenen Vorstand die generelle Pflicht auf, die Weisungen des herrschenden Unternehmens auszuführen, und nur ausnahmsweise räumt es ihm das Recht ein, deren Verwirklichung abzulehnen. Der Konzernspitze wird insofern aufgrund ihrer herrschenden Position, ihres Informationsvorsprungs und nicht zuletzt zugunsten der effektiveren Verwirklichung ihrer Vorhaben die Entscheidungspriorität zugesprochen. Auch wenn dem Vorstand die Legitimation der Weisung durch das Konzerninteresse zweifelhaft und nicht eindeutig erscheint, hat er der Weisung Folge zu leisten. Dafür wird der abhängigen Gesellschaft lediglich ein mittelbarer Schutz im Sinne einer späteren Inanspruchnahme des herrschenden Unternehmens gewährt, falls die Voraussetzungen des § 309 AktG erfüllt werden. Durch diese Regelung wird die eventuelle Durchführung auch unzulässiger Weisungen hingenommen, und zwar bis zur Grenze offensichtlich fehlender Konzerndienlichkeit, bei der sich der Weisungsgeber nicht mehr auf die Folgepflicht berufen darf. Auf diese Weise schützt das Weigerungsrecht zwar die abhängige Gesellschaft unmittelbar, die Formulie-

1) Vgl. Glaser, S. 66; so auch Clemm, in: ZHR 141 (1977), 202.

2) Vgl. für den ersten Fall § 4 III C, für den zweiten unten § 4 E; so Clemm aaO.

rung des Gesetzes multipliziert aber die schon bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten durch die Hinzufügung eines zusätzlichen ¹⁾ unbestimmten Rechtsbegriffes.

Glaser vertritt die Ansicht ²⁾, die Offensichtlichkeit dürfe nicht als Steigerung der Nichtdienlichkeit angesehen werden, sondern sie stelle eher ein qualitatives Merkmal der Weisung dar. Indessen können sowohl quantitative als auch qualitative Gesichtspunkte zur Bestimmung der Offensichtlichkeit herangezogen werden. Dies hängt damit zusammen, ob dem Begriff "offensichtlich" eine subjektive oder eine objektive Bedeutung zugrundegelegt wird. Nach Glaser ist "offensichtlich" nur subjektiv aufzufassen ³⁾. Lediglich das Nichtdienen verstehe das Gesetz objektiv. Die Benutzung des Wortes "Ansicht" in § 308 Abs. 2 S. 2 AktG weise auf eine subjektive Beurteilung der Offensichtlichkeit hin. Dieser Meinung ist jedoch nicht beizupflichten. Aus der Verwendung des Wortes "Ansicht" im Gesetzestext läßt sich vielmehr eher ein objektives Verständnis herleiten.

Die h.L. ⁴⁾ vertritt die Auffassung, der Begriff "offensichtlich" habe einen eindeutig objektiven Charakter. Der Gesetzgeber könne nicht von der subjektiven Beurteilung durch den angewiesenen Vorstand die Zulässigkeit der Weisung abhängig machen wollen. Dieser Meinung ist zwar zuzustimmen, sie sollte jedoch mit einem subjektiven Element angereichert werden. Denn wenn man "offensichtlich" als strikt objektiv begreift, so ist eine Maßnahme nur dann als offensichtlich unzulässig zu erklären, wenn sie eindeutig und für

1) So auch Schauß, S. 117.

2) S. 120.

3) S. 66; vgl. jedoch S. 69 Mitte.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 72; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 20; Baumbach/Hueck, § 308, Rdnr. 5.

jedermann ersichtlich ¹⁾ außerhalb des Konzerninteresses liegt. Demgegenüber wird die Meinung ²⁾, die sowohl objektive als auch subjektive Kriterien für die Offensichtlichkeit vorschlägt, dem Problem eher gerecht. Eine Weisung dient demgemäß offensichtlich nicht dem Konzerninteresse, wenn sie sich objektiv, d.h. eindeutig und zweifelsfrei, außerhalb des Konzerninteresses bewegt, und dies auch subjektiv für den angewiesenen Vorstand erkennbar ist. Die zusätzlich verlangte subjektive Erkennbarkeit, die darauf hindeutet, daß ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer die Weisung als offenkundig außerhalb des Konzerninteresses liegend qualifiziert hätte, darf dabei nicht so verstanden werden, als wäre die Ansicht des Vorstands hier maßgeblich. Weder seine Meinung noch die des herrschenden Unternehmens sind ausschlaggebend. Es wäre inkonsequent, wenn das Gesetz, das schon bei der bloßen nachteiligen Weisung, die aber vom Konzerninteresse gedeckt wird, nicht auf die Ansicht des angewiesenen Vorstands abstellt, dies jedoch bei der offensichtlich nicht im Konzerninteresse liegenden Weisung täte. Ein Sorgfaltspflichtverstoß reicht für die Erkennbarkeit der Offensichtlichkeit aus ³⁾. Eine Inanspruchnahme des herrschenden Unternehmens durch die Aktionäre der abhängigen Gesellschaft gemäß § 309 AktG käme dann möglicherweise nicht in Frage, weil der Schaden der Gesellschaft nicht auf einer Pflichtverletzung der Konzernspitze beruht. Der Vorstand dagegen könnte ohne weiteres aufgrund § 310 Abs. 1 AktG in Anspruch genommen werden ⁴⁾.

Nachdem gezeigt wurde, in welchem Sinn die Offensichtlichkeit zu verstehen ist, bleiben nun noch einige Fälle aufzuzeigen, welche die Tatbestandsvoraussetzungen des § 308 Abs. 2 S. 2 2. HS AktG erfüllen.

1) So weit geht mit der Objektivierung unzutreffenderweise Knoblaue, S. 73.

2) Clemm, in: ZHR 141 (1977), 200.

3) Ähnlich Schauß, S. 119.

4) Vgl. Schauß, S. 116.

Am deutlichsten ist dies der Fall bei denjenigen nachteiligen Weisungen, durch welche die Interessen konzernexterner Personen ¹⁾ oder Unternehmen gefördert werden. Eine Weisung, aufgrund derer die beherrschte Gesellschaft einem Drittunternehmen Investitionshilfe gewähren soll ²⁾, ist durch das Konzerninteresse keineswegs legitimiert. Hier braucht die offensichtliche Nichtdienlichkeit keine evidente oder gesteigerte Intensität aufzuweisen. Es liegt dann ein qualitatives Merkmal vor, und es bedarf keiner quantitativen Abwägung im Sinne etwa der Höhe der zu gewährenden Summe. Die Bedeutung solcher Fälle ist in der Praxis allerdings gering.

Abweichend gestaltet sich die Sachlage im konzerninternen Raum. Es erhebt sich die Frage, ob Weisungen als offensichtlich außerhalb des Konzerninteresses zu qualifizieren sind, durch welche die beherrschte Gesellschaft zur Durchführung von Spekulationsgeschäften angewiesen wird. Würde man dies generell bejahen, wäre die Bedeutung des Risikokapitals übermäßig herabgesetzt. Die unternehmerische Risikobereitschaft stellt ein immanentes Merkmal jeder unternehmerischen Tätigkeit dar. Sie darf allerdings auch nicht das uneingeschränkte Leitmotiv der Konzernführung bilden, und vor allem dürfen nicht die Konzernglieder die Kosten mißglückter Spekulationspolitik der Konzernspitze tragen. Gerät infolgedessen das herrschende Unternehmen in finanzielle Not, darf den abhängigen Gesellschaften nicht permanent zugemutet werden, die sog. "Rettungsaktion zugunsten des Konzerns" in Gang zu setzen ³⁾. Solche Liquiditätshilfe für das herrschende oder ein anderes Konzernunternehmen besonders wenn sie zur Fortsetzung spekulativer Maßnahmen bestimmt ist, muß als offensichtlich nicht konzerndienlich zurückgewiesen werden. Der Fall Glöggner belegt, daß solche Rettungsaktionen, die oft

1) Clemm, in: ZHR 141 (1977), 202; anders unzutreffend Schauß, S. 115.

2) Würdinger, Aktienrecht, 2. Aufl., S. 289.

3) So auch Clemm, in: ZHR 141 (1977), 203.

als letzte Chance für die Rettung des Konzerns angesehen werden, nicht immer den Zusammenbruch des Gesamtkonzerns abzuwenden vermögen, sondern ihn eher herbeiführen.

Als offensichtlich nicht konzerndienlich erweist sich auch der Fall, bei dem den Vorteilen, die eine Weisung dem Konzern zu erbringen verspricht, unverhältnismäßig große Nachteile ¹⁾ für die angewiesene Gesellschaft gegenüberstehen, so daß per Saldo kein Ausgleich, sondern ein Schaden für den Konzern entsteht. Dies ist der typische Fall, bei dem die Offensichtlichkeit als ein Grad gesteigerter Intensität von Nichtdienlichkeit angesehen werden kann.

Offensichtlich nicht durch das Konzerninteresse gedeckt sind auch die Weisungen, durch deren Befolgung die Existenz der beherrschten Gesellschaft bedroht wird. Das Konzerninteresse hört dort auf, wo es möglicherweise erforderlich ist, die abhängige Gesellschaft zu opfern ²⁾. Solange der Beherrschungsvertrag fort dauert, besteht zwar für die Gesellschaft der Schutz des § 302 Abs. 1 AktG. Die darauf beruhende Verlustausgleichsverpflichtung des herrschenden Unternehmens wird jedoch relativiert durch dessen tatsächliche Fähigkeit, die entstandenen Jahresfehlbeträge auszugleichen. Deswegen wird nicht zu Unrecht die Ansicht ³⁾ vertreten, die Bonität der Konzernspitze sei ein wesentlicher Faktor bei der Beurteilung des offensichtlichen Nichtdienens der Weisung. Dies setzt jedoch voraus, daß der Informationsaustausch zwischen den verbundenen Unternehmen sowohl von unten nach oben, d.h. von der Tochter- zu der Muttergesellschaft als auch in umgekehrter Richtung stattfindet ⁴⁾. Etwaige Bedenken, nach denen eine informierte beherrschte

1) Clemm, in: ZHR 141 (1977), 204 m.w.N.

2) a.A. Glaser, S. 87.

3) Clemm aaO., S. 205.

4) Schauß, S. 122.

Gesellschaft Geheimnisse des Konzerns nach außen tragen könnte, weshalb eine Geheimhaltung vorzuziehen sei, bei der nur die Konzernspitze im Besitz von Betriebs- und Unternehmensgeheimnissen verbleibt, vermögen nicht zu überzeugen. Eine hinreichende Information darf sich dabei nicht nur auf die jeweilige Finanzlage des herrschenden Unternehmens beschränken.

Alle oben geschilderten Fälle sind nur repräsentativ ausgewählte Erscheinungsformen der offensichtlichen Nichtdienlichkeit. Eine erschöpfende Aufzählung ist aufgrund des generalklauselartigen Charakters des Begriffes nicht möglich. Wie jeder unbestimmte Rechtsbegriff läßt sich auch die "Offensichtlichkeit" nur kasuistisch eingrenzen ¹⁾.

III. Für die abhängige Gesellschaft vorteilhafte Weisungen

Nach Schauß ²⁾ sind Weisungen zu Maßnahmen, die im Eigeninteresse der beherrschten Gesellschaft liegen, unzulässig. Diese Ansicht geht jedoch über die gesetzliche Regelung hinaus. Obwohl sie einräumt, daß vorteilhafte Weisungen zwar mittelbar die Belange des Konzerns berühren, geht sie von der aufgrund des Beherrschungsvertrages eintretenden Aufspaltung der Pflichtenstellung des Vorstands aus. Die Unzulässigkeit vorteilhafter Weisungen beruht danach auf der Erwägung, daß der Vorstand der Gesellschaft "die Interessen des eigenen Unternehmens besser als die Konzernleitung beurteilen kann". Daher liegen alle Maßnahmen, die auf das Wohlergehen der Tochtergesellschaft abzielen, ohne dem herrschenden Unternehmen oder

1) Neuhaus, S. 103; Schauß, S. 121.

2) S. 79.

den anderen Konzerngliedern irgendwelche Vorteile zu bringen, in dem ausschließlichen eigenverantwortlichen Geschäftsbereich ¹⁾ des Vorstands der Gesellschaft.

Diese Ansicht ist unzutreffend. Eine so weitgehende Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands ist mit den Vorschriften des § 308 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 AktG nicht zu vereinbaren ²⁾. Wenn die vorteilhafte Beeinflussung schon im Rahmen der tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisse nach § 311 AktG nicht als unzulässig erklärt wird, sollte sie um so mehr im Vertragskonzern als zulässig betrachtet werden ³⁾, in dessen Rahmen der Einfluß des herrschenden Unternehmens umfangreicher als bei den sog. faktischen Konzernen ausgestaltet wird. Die hier kritisierte Ansicht unterschätzt ohne überzeugenden Grund die Tatsache, daß der Vorteil der abhängigen Gesellschaft letztlich, wenn auch mittelbar, dem Gesamtkonzern zugute kommt. Deshalb übersieht sie unzutreffenderweise die übergreifende Natur des Konzerninteresses, aufgrund derer auch diese Weisungen als legitim angesehen werden sollten ⁴⁾.

Damit zusammenhängend stellt sich die Frage, ob die für die beherrschte Gesellschaft vorteilhafte Weisung jedenfalls durch das Konzerninteresse gedeckt werden muß, wie es bei den nachteiligen Weisungen der Fall ist, oder aber ob sie zwar der angewiesenen Gesellschaft nützen, dem Konzern im ganzen jedoch schaden dürfe. Betrachtet man das Konzerninteresse konsequent als übergeordnetes Interesse, müßte man solche Weisungen für unzulässig halten. Andererseits besteht für den Vorstand der Tochtergesellschaft

1) So Schauß, S. 80.

2) So auch Glaser, S. 131.

3) Glaser aaO.

4) Glaser aaO.

kein Grund, die Durchführung solcher Weisungen zu verweigern ¹⁾. Würde er sie verweigern, würde dies im Gegenteil seiner Pflicht, die Interessen seiner Gesellschaft bestmöglich zu fördern, zuwiderlaufen, und er würde sich gegebenenfalls sogar gemäß § 93 Abs. 2 AktG seiner Gesellschaft gegenüber ersatzpflichtig machen. Deswegen darf dieser Fall als eine Ausnahme von der Regel betrachtet werden, nach der jede Weisung durch das übergreifende Konzerninteresse legitimiert werden soll.

C. Weigerungsrecht und Weigerungspflicht

Das Recht des angewiesenen Vorstands, die Durchführung der Weisung zu verweigern, beruht auf § 308 Abs. 2 S. 2 AktG. Aus der negativen Gesetzesformulierung, die primär die Fälle bestimmt, bei denen das Weigerungsrecht ausgeschlossen ist, ergibt sich, daß der Vorstand dann "berechtigt" ist, der Weisung nicht nachzukommen, wenn sie "offensichtlich" den Belangen des Konzerns nicht dient.

Dem Wort "berechtigt" könnte man entnehmen, das Gesetz räume dem Leitungsorgan der Gesellschaft lediglich das Recht ein, die Durchführung zu verweigern, ohne daß ihm auch eine Verpflichtung zur Nichtbefolgung auferlegt wird. Sobald der Vorstand erkannt hat, daß die Weisung den Konzerninteressen offensichtlich nicht dient, kann er über die Befolgung der Weisung dennoch nicht frei entscheiden, ohne sich möglicherweise ersatzpflichtig zu machen. In § 310 Abs. 1 und Abs. 3 AktG wird herausgestellt, daß der Vorstand nur in den Fällen von einer möglichen Inanspruchnahme wegen Ausführung einer nachteiligen Weisung befreit ist, in denen er zur Weisungsbefolgung verpflichtet war, was aber bei der offensichtlichen Nichtdienlichkeit gerade nicht zutrifft. Entsprechendes gilt auch, wenn die Weisung gesetz- oder sittenwidrig ist, bzw. wenn sie Satzungs- oder Vertragsbestimmungen

1) Ähnlich Glaser, S. 132.

widerspricht. Deswegen ist es nicht richtig, nur vom Weigerungs-"Recht" zu sprechen, denn dieses "Recht" stellt im haftungsrechtlichen Sinne zugleich eine Verpflichtung dar ¹⁾.

Die Weigerungspflicht des Vorstands ist ein Bestandteil seiner eigenen Geschäftsführungspflicht der beherrschten Gesellschaft gegenüber ²⁾. Die haftungsrechtlichen Konsequenzen dieser Tatsache werden aufgrund der Aktivlegitimation herbeigeführt, die nach § 310 AktG der abhängigen Gesellschaft, ihren Aktionären und Gläubigern zukommt.

Obwohl die offensichtliche Nichtdienlichkeit nicht der einzige Grund zur Ausübung des Weigerungsrechts ist, ist sie jedoch aufgrund ihres general-klauselartigen Charakters der wichtigste Bereich, in dessen Rahmen die Pflicht des Vorstands, die Weisungsdurchführung zu verweigern, ihre Schutzfunktion für die abhängige Gesellschaft voll entfalten kann.

Weiterhin stellt sich die Frage nach der prozessualen Durchsetzungsmöglichkeit, denn der eigentliche Sinn des § 308 Abs. 2 S. 2 AktG liegt möglicherweise mehr im verfahrensrechtlichen als im materiellrechtlichen Bereich. Ohne diese Rechtsbestimmung müßte die Konzernspitze den die Weisungsbefolgung verweigernden Vorstand nicht nur verklagen, sondern sie hätte auch nachzuweisen, daß die nachteilige Weisung im Konzerninteresse liegt. Durch die Formulierung dieser Vorschrift aber werden sowohl die Prozeßinitiative als auch die Beweislast derart auf den Vorstand bzw. die Aktionäre oder Gläubiger der abhängigen Gesellschaft abgewälzt ³⁾. In der Begründung

1) So auch Neuhaus, S. 101 - 102; Schauß, S. 116, 131.

2) Vgl. Praël, S. 72 - 73, der eine Folgepflicht des Vorstands (auch) dem herrschenden Unternehmen gegenüber verneint, da dem Beherrschungsvertrag "nichts Schuldrechtliches anhaftet". Die Befolgungspflicht bestehe nur der eigenen Gesellschaft gegenüber.

3) Schauß, S. 111.

des Regierungsentwurfs zeigt der Gesetzgeber einerseits auf, daß die Entscheidungspriorität in bezug auf die Konzerndienlichkeit deswegen nicht dem Vorstand zuerkannt wird, weil es ihm an ausreichendem Einblick in die internen geschäftlichen Angelegenheiten des Konzerns mangelt ¹⁾, andererseits aber hatte der Gesetzgeber offenbar keine Bedenken, dem Vorstand die Beweislast aufzuerlegen, daß die angewiesene Maßnahme offensichtlich außerhalb des Konzerninteresses liegt, wenn es um die Ausübung des Weigerungsrechts geht, dessen Begriffsinhalt ohnehin nicht präzise ist ²⁾. Von einem Vorstand, der personell von dem herrschenden Unternehmen abhängig ist, wird die Ausübung seines Weigerungsrechtes nur dann erwartet werden können, wenn er dazu auch verpflichtet ist, und dies deshalb, um nicht von den Aktionären seiner Gesellschaft in Anspruch genommen zu werden, nicht aber, um unabhängig davon seine Gesellschaft von prekären Leitungsmaßnahmen der Konzernspitze zu bewahren.

Die Wahrscheinlichkeit, daß die Ausführung einer offensichtlich nicht den Konzerninteressen dienenden Weisung durch die außenstehenden Aktionäre oder Gläubiger auf dem Prozeßweg verhindert wird, ist gering. Diese stehen zwar nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zum herrschenden Unternehmen, für sie ist aber eine Klageerhebung mit einem so hohen Prozeßkostenrisiko ³⁾ verbunden, daß von ihrer Seite die Prozeßinitiative selten ausgehen wird, wenn man dazu noch die grundsätzliche Passivität ⁴⁾ der Kleinaktionäre mitberücksichtigt. Wenn zudem der Vorstand nur in ganz evidenten Fällen den Beweis der Offensichtlichkeit erbringen kann, so ist es für die einzelnen Aktionäre und Gläubiger erst recht nahezu aussichtslos, das nötige Beweismaterial beizubringen.

1) Kropff, Begründung RegE, S. 403.

2) Vgl. oben S. 130 (Begriff des Konzerninteresses).

3) Brachvogel, S. 126; Mertens, AcP 168 (1968), 225, 227.

4) Rehbinder, S. 14 ff. und 25 ff.

Kommt es trotzdem zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, so ist dem herrschenden Unternehmen die Darlegungslast aufzuerlegen ¹⁾, weshalb die Durchführung der nicht realisierten Weisung den Belangen des Konzerns dienlich ist.

Aus all diesen Überlegungen ergibt sich, daß dem Weigerungsrecht nur dann eine begrenzte Bedeutung zukommt, wenn der Vorstand im übrigen zum Weisungsvollzug verpflichtet ist.

Weigert er sich, solchen Weisungen nachzukommen, die er durchzuführen hat, dann besteht kein Weigerungsrecht. Denn in diesem Fall kann die Konzernspitze durch die ihr zur Verfügung stehenden Mittel zur Durchsetzung ihres Willens die Weisungsverwirklichung gerichtlich erzwingen.

D. Durchsetzung des Weisungsvollzugs

Bei der Durchsetzungsproblematik der zu vollziehenden Weisungen erhebt sich zuerst die Frage, wer verklagt wird: die abhängige Gesellschaft oder der sich weigernde Vorstand als Empfänger und Ausführer der Weisung. Nach § 308 Abs. 1 S. 1 AktG hat zwar die Konzernspitze ausschließlich ²⁾ dem Vorstand Weisungen zu erteilen. Diese Befugnis zum Empfang von Weisungen ist aber nicht etwa auf eine vertragliche Bindung des Leitungsorgans als solches zurückzuführen, wie vereinzelt behauptet wurde ³⁾, sondern "um gegenüber § 76 AktG dem besonderen organisationsrechtlichen Charakter des Beherrschungsvertrages" ⁴⁾ Nachdruck zu verleihen. Ver-

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 72.

2) Vgl. oben § 3 H, II, 1 und 3.

3) Vgl. Vogt, zitiert bei Knoblauch, S. 75, Fn. 1.

4) So Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 21.

tragspartner bleibt gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 AktG die Aktiengesellschaft und sie unterstellt ihre Leitung dem herrschenden Unternehmen. Deswegen darf die entsprechende Klage nur gegen sie gerichtet werden ¹⁾.

Betrachtet man den Beherrschungsvertrag als rein organisationsrechtliche Natur, dem nichts Schuldrechtliches anhaftet ²⁾, dann soll das herrschende Unternehmen zur Weisungsdurchsetzung rigoros auf das aktienrechtliche Instrumentarium des § 84 AktG verwiesen werden. Erkennt man beim Beherrschungsvertrag aber eine Doppelwirkung mit teils organisationsrechtlichen, teils schuldrechtlichen Elementen an, wird der Umfang der Durchsetzungsvariationen der Konzernspitze durch zusätzliche schuldrechtliche Vollzugsmöglichkeiten erweitert. Eine ausführliche Darstellung der Problematik, welcher Natur der Beherrschungsvertrag ist, wurde oben in § 2, A, II unternommen. Eine rein organisationsrechtliche Natur dieses Vertrages wurde dort abgelehnt, und obwohl bei ihm kein echtes schuldrechtliches Synallagma zu erkennen ist, ist die Koexistenz von schuld- und organisationsrechtlichen Merkmalen zu bejahen.

Demzufolge ist der Meinung Würdingers ³⁾ nicht zu folgen und dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, gerichtlich Ansprüche auf Erfüllung des Vertrages bzw. auf Schadenersatz gegen die beherrschte Gesellschaft geltend zu machen ⁴⁾. Die gleichen Erfüllungs- und Ersatzansprüche stehen außerdem dem herrschenden Unternehmen auch unmittelbar

1) So auch Knoblauch, S. 76.

2) Praël, S. 72.

3) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 14.

4) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 26; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 22.

gegen den Vorstand der Gesellschaft zu ¹⁾. Andererseits ist der Ansicht von Biedenkopf/Koppensteiner ²⁾ nicht beizupflichten, nach der eine zusätzliche Organhaftung der abhängigen Gesellschaft auf Schadenersatz gemäß § 31 BGB besteht ³⁾.

Soll die abhängige Gesellschaft in Erfüllung einer Weisung zur Lieferung oder zur Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen verurteilt werden, ist der Klageantrag darauf zu richten und die Zwangsvollstreckung wird gemäß §§ 883, 887 bzw. 888 ZPO stattfinden ⁴⁾. Hatte die Weisung die Begründung eines Vertragsverhältnisses zum Inhalt, muß die Klage demgemäß formuliert werden, die Abgabe der entsprechenden Willenserklärung wird gemäß § 894 ZPO fingiert ⁵⁾.

Die Möglichkeiten des herrschenden Unternehmens, die Durchführung seiner Weisungen zu gewährleisten, werden durch § 84 Abs. 3 AktG erweitert. Zwar ist eine Weisung an den Aufsichtsrat der beherrschten Aktiengesellschaft, die Vorstandsmitglieder abzuberufen, nicht möglich ⁶⁾. Der Aufsichtsrat aber, der in den meisten Fällen vom Großaktionär oder mit Personen seines Vertrauens besetzt wird, darf die Abberufung in eigener Verantwortlichkeit übernehmen. Allerdings muß dazu ein wichtiger Grund vorliegen. Die vereinzelte Weigerung des Vorstands, einer Weisung nachzukommen, reicht dazu nicht aus, es sei denn, daß die nicht ausgeführte Weisung -

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 24; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 26; a.A. Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 14.

2) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 308, Anm. 24.

3) So auch Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 25.

4) Knoblaue, S. 76.

5) Knoblaue aaO.

6) Vgl. oben § 2, B, II, 2.

objektiv betrachtet - von großer Bedeutung für das herrschende Unternehmen ist. Eine wiederholte Weigerung des Vorstandes jedoch, zulässige Weisungen auszuführen, auch wenn ihre Bedeutung im einzelnen zweitrangig ist, erfüllt die Tatbestandsvoraussetzungen des "wichtigen Grundes". Unter den gleichen Voraussetzungen kann dem Vorstand das Vertrauen in der Hauptversammlung entzogen werden.

Vielfach wird in der Praxis aber auch ein zusätzlicher Schiedsvertrag oder einfach eine schiedsvertragliche Klausel in den Beherrschungsvertrag aufgenommen. Ist dies der Fall, wird die Durchsetzung der Weisung vom Urteil des zuständigen Schiedsrichters abhängig gemacht ¹⁾.

E. Umgehungsprobleme

Gegenüber der beherrschten Gesellschaft weist der andere Vertragsteil oftmals eine doppelte Rechtsstellung auf. Er ist einerseits aufgrund des Beherrschungsvertrags Vertragspartner (Dritter) und regelmäßig gleichzeitig aufgrund der Beteiligung Mehrheitsaktionär ²⁾ bei der abhängigen Gesellschaft. Dieses doppelte Rechtsverhältnis führt zu einer Doppelwirkung gegenüber der beherrschten Gesellschaft, was die Einwirkungsmöglichkeiten der Herrschaftsperson betrifft. Sie kann in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einerseits von außen aufgrund ihrer Weisungsbefugnis und andererseits intern durch ihre Stimmabgabe in der Hauptversammlung eingreifen, nachdem der Vorstand der abhängigen Gesellschaft dies verlangt hat. Von der Zulässigkeitsproblematik vorerst abgesehen, wirft dieses Verfahren die Frage auf, ob und inwieweit es dadurch zu einer Umgehung der §§ 308, 309 AktG kommt.

1) Ähnlich Knoblaue, S. 75.

2) Vgl. § 293 Abs. 1 AktG.

Ein weiteres Problem im Schnittpunkt von gesellschafts- und arbeitsrechtlichem Regelungskreis betrifft die Führung der Tochter durch einen leitenden Angestellten der Herrschaftsperson, der als Spartenleiter ¹⁾ ein Unternehmensangehöriger der Muttergesellschaft ist. Ist er zugleich Vorstandsmitglied bei der abhängigen Gesellschaft und versucht er, eine Leitungsmaßnahme durchzuführen, taucht die Frage auf, ob eine auf seinem mit dem herrschenden Unternehmen bestehenden Arbeitsverhältnis basierende Maßnahme die in § 308 AktG für die Weisungserteilung aufgestellten Voraussetzungen erfüllen muß oder nicht, obwohl das herrschende Unternehmen in diesem Fall keine Weisung im herkömmlichen Sinne erteilt hat.

I. Stimmrechtsausübung des herrschenden Unternehmens

Die aus dem Beherrschungsvertrag sich ergebende Leitungsbefugnis des herrschenden Unternehmens gewährt ihm nicht das Recht, dem Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung der beherrschten Gesellschaft Weisungen zu erteilen ²⁾. Wenn man aber berücksichtigt, daß die Muttergesellschaft in aller Regel der Hauptaktionär der Tochtergesellschaft ist, scheint es für sie einfach zu sein, Leitungsmaßnahmen durch ihre Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung durchzusetzen. Dazu weist sie den Vorstand an, eine Frage der Geschäftsführung gemäß § 119 Abs. 2 AktG zur Entscheidung in der Hauptversammlung vorzulegen. Diese Praxis, die von einem Teil des Schrifttums gebilligt wird ³⁾, muß der Herrschaftsperson verwehrt bleiben, denn sie verwässert nicht nur die Haftungsregelung im Vertragskonzern, son-

1) Zur Spartenleitung allg. Schwark, in: ZHR 142 (1978), 217; v. Hoyningen-Huene, ZGR 1978, 515, 527.

2) Dierdorf, S. 42; Emmerich/Sonnenschein, 2. Aufl., S. 190; s. oben § 2, C, II, 2 und 3.

3) v. Godin/Wilhelmi, § 309, Anm. 5; Baumbach/Hueck, § 309, Rdnr. 6; Zietz, S. 58, 59.

dern sie führt auch zu einer Überschreitung der von § 308 AktG festgelegten Schranken der Leitungsbefugnis. Eine Geschäftsführungsmaßnahme, die nach dem Beherrschungsvertrag ausgeschlossen ist oder ein besonders riskantes Geschäft, für welche das Weisungsrecht nicht ausreicht, können auch nicht mittels Stimmabgabe in der Hauptversammlung durchgesetzt werden.

Die Stimmrechtsausübung der Muttergesellschaft führt nicht zu erweiterten Leitungskompetenzen. Auch können die nach §§ 309, 310 AktG Verantwortlichen nicht durch den Hauptversammlungsbeschluß von ihrer Verantwortung befreit werden ¹⁾. Das herrschende Unternehmen darf seinen Aktienbesitz nicht zur Legitimationsgrundlage für mißbräuchliches "Hineinregieren" in die Tochtergesellschaft benutzen. Eine etwaige Weisung, die dahin zielen würde, über § 119 Abs. 2 AktG die Hauptversammlung entscheiden zu lassen, ob die fragliche Geschäftsführungsmaßnahme vorgenommen werden darf oder nicht, muß nicht befolgt werden ²⁾. Der Vorstand, der eine solche unzulässige Weisung befolgen würde, machte sich nach § 310 AktG ersatzpflichtig. Außerdem ist ein solcher Hauptversammlungsbeschluß rechtswidrig zustande gekommen ³⁾ und kann folglich nach § 243 AktG angefochten werden.

Von einem Teil der Literatur wird der Vorschlag gemacht, die Stimmabgabe des herrschenden Unternehmens als Weisung zu qualifizieren ⁴⁾. Nur wenn man den Hauptversammlungsbeschluß als Weisung behandelt, haften nach dieser Meinung die gesetzlichen Vertreter der Muttergesellschaft nicht nur

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 43 und § 309, Anm. 24; Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 309, Anm. 5; Brachvogel, S. 123; Knoblaue, S. 53; Glaser, S. 106.

2) So Geßler aaO.

3) Geßler aaO.

4) Neuhaus, S. 100; Schauß, S. 42, 44, 61; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., S. 291.

aus § 117 AktG, sondern auch nach § 309 AktG. Obwohl dieser Lösungsvorschlag tatsächlich die Anwendung des § 309 AktG sichert, ist es dennoch nicht notwendig, diesen Weg zu gehen, wenn man von der Prämisse ausgeht, daß eine Maßnahme, die nicht mittels Weisungen durchgesetzt werden kann, auch nicht über eine Stimmabgabe in der Hauptversammlung erreicht werden darf. Die Vertreter der oben genannten Ansicht müssen dagegen den Hauptversammlungsbeschluß als Weisung behandeln, um die Umgehung der Verantwortlichkeitsregelung zu verhindern, denn diese Ansicht räumt dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit ein, über § 119 Abs. 2 AktG die Hauptversammlung über die Durchführung der strittigen Geschäftsführungsmaßnahmen entscheiden zu lassen ¹⁾.

Nach hier vertretener Meinung können die gesetzlichen Vertreter der Muttergesellschaft ihrer Haftung nach § 309 AktG nicht entgehen ²⁾, denn sie haben eindeutig die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verletzt, wenn sie dem Vorstand die unzulässige Weisung erteilt haben, über eine Frage der Geschäftsführung die Hauptversammlung entscheiden zu lassen. Außerdem verletzt der Mehrheitsaktionär in der Hauptversammlung der beherrschten Gesellschaft, wenn er private, d.h. nicht durch das Konzerninteresse gedeckte Interessen verfolgt, durch mißbräuchliche Rechtsausübung den Grundsatz von Treu und Glauben, den die Mehrheit gegenüber der Minderheit im verbundenen Unternehmen allgemein beachten muß ³⁾.

1) So Schaub, S. 42.

2) Semler, S. 131.

3) Lutter, in: JZ 1976, 226; ähnlich Glaser, S. 106.

II. Arbeitsrechtliche Weisungen im divisionalisierten Konzern

Der Gesetzgeber des geltenden Aktienrechts ging nicht nur aus historischen Gesichtspunkten, sondern auch aus unternehmenspolitischen Organisationserwägungen von dem Modell einer funktionalen Unternehmensorganisation aus. Die horizontale Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft bezieht sich sowohl auf die Verteilung der Leitungsfunktionen unter die Vorstandsmitglieder als auch auf die der zu tragenden Gesamtverantwortung. Ein mehrgliedriger Vorstand ist nach §§ 76 Abs. 1 und 77 Abs. 1 S. 1 AktG zur gemeinschaftlichen Geschäftsführung befugt und haftet aufgrund der §§ 93, 309 Abs. 2 und 310 Abs. 1 AktG gemeinsam. In einem funktional geleiteten Unternehmen wird die Gesamtleitung in verschiedene Fachressorts gegliedert, wobei jedes Vorstandsmitglied speziell für einen Bereich wie z.B. Technik, kaufmännisches Personal ¹⁾ zuständig ist. Diese horizontale Leitungsorganisation wird dennoch seit Inkrafttreten des geltenden Aktiengesetzes in der Praxis zunehmend in Frage gestellt. Die Tendenz zu einer immer umfangreicheren Unternehmensexpansion und die fortschreitende Spezialisierung der Produktion haben zu einer Vertikalisierung der Leitungsstrukturen geführt, die aus Erwägungen einer "besseren" Organisation neue strukturelle Wege einschlägt ²⁾. Nach der divisionalen Unternehmensorganisation werden die Leitungsbefugnisse nach Produkten, Regionen oder Kunden in Sparten untergliedert, welche je nach Umfang der eingeräumten Leitungsautonomie bis zur Bildung von profit-center und investment-center ³⁾ gehen. Mit der Freimachung solcher Zentrifugalkräfte im Rahmen einer Aktiengesellschaft oder eines Konzerns glaubt man die Vorteile der Groß- mit

1) Wendeling-Schröder, S. 1.

2) v. Hoyningen-Huene, ZGR 1978, 515, 527.

3) Schwark, ZHR 142 (1978), 203 ff.; Meiser, S. 42; Wendeling-Schröder, S. 10.

denjenigen der Kleinunternehmen zu verbinden ¹⁾. Die sich aus der Divisionalisierung ergebende Spartenleitung kann auf der ersten oder der zweiten Führungsebene ausgeübt werden, und zwar je nach dem, ob ausschließlich Vorstandsmitglieder oder auch unterhalb des Vorstands stehende Personen, z.B. leitende Angestellte, als Spartenleiter tätig sein sollen.

Im Rahmen eines beherrschungsvertraglichen divisionalisierten Konzerns wird die Tochtergesellschaft als eigener Geschäftsbereich geleitet. Die rechtlichen Fragen, die die Spartenorganisation im Konzernrecht aufwirft, sind im Schrifttum noch nicht ausdiskutiert worden ²⁾. Hier wird davon nur ein Teilbereich behandelt, der unter dem Gesichtspunkt der arbeitsrechtlichen Weisungserteilung unter Umgehung der aktienrechtlichen Vorschriften betrachtet wird ³⁾.

Es ist dabei von einer doppelten Funktion des Spartenleiters auszugehen, der einerseits als leitender Angestellter der Muttergesellschaft und andererseits als Vorstandsmitglied der Tochtergesellschaft fungiert. Der Vorstand des herrschenden Unternehmens hat ihm gegenüber nicht nur das Recht, nach § 308 Abs. 1 S. 1 AktG Weisungen zu erteilen, sondern auch das Direktionsrecht aufgrund des Arbeitsverhältnisses. Es stellen sich zwei Fragen: Kann der Vorstand des herrschenden Unternehmens mittels seines Direktionsrechts eine Geschäftsführungsmaßnahme bei der Tochtergesellschaft verlangen, ohne die Schranke des § 308 AktG respektieren zu müssen? Und darf

1) Wendeling-Schröder, S. 15 ff.

2) Schwark, in: ZHR 142 (1978), 203, 210; Meiser, S. 104 ff.; Wendeling-Schröder, S. 81 ff.

3) Es ist darauf hinzuweisen, daß eine entsprechende Umgehungsmöglichkeit auch im Rahmen eines funktionalen Konzerns nicht ausgeschlossen wird. Das Problem wird aber im Zusammenhang mit der divisionalen Organisationsstruktur untersucht, weil sein eventuelles Auftauchen durch die Spartenorganisation gefördert wird.

sich der Spartenleiter seiner Verantwortlichkeit aus § 310 AktG entziehen, bzw. kann der Vorstand der Muttergesellschaft die Haftung nach § 309 AktG durch den Einwand ausschließen, es läge keine aktienrechtliche Weisungserteilung vor?

Der so angewiesene leitende Angestellte gerät in eine Pflichtenkollision. Er ist nicht nur dem Direktionsrecht seines Arbeitgebers unterworfen, sondern er muß gleichzeitig seiner Prüfungspflicht im Rahmen der Vertragskonzernregelung nachkommen, obwohl man in diesem Fall oft nicht von einer Weisung im strikten Sinne sprechen kann, auch wenn diese nicht formbedürftig ist ¹⁾. Bei der Abwägung seiner Pflichten hat er zunächst die konzernrechtlichen Abgrenzungsbestimmungen der Weisungsfolgepflicht zu berücksichtigen. Seine Folgepflicht aus dem Arbeitsvertrag geht nicht derjenigen aus dem Beherrschungsvertrag vor, denn das gesellschaftsrechtliche Element überlagert in solchen Konfliktfällen das arbeitsrechtliche Element. Andernfalls würde durch die arbeitsrechtliche Pflichterfüllung des Spartenleiters der Weg zur Umgehung der Vorstandspflichten nach § 308 AktG und zur Ausschaltung der Haftungsvorschriften der §§ 309 und 310 AktG geebnet. Mißbraucht das Vorstandsmitglied seine Doppelfunktion, handelt es rechtswidrig und die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses oder der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung seiner Gesellschaft nach § 84 AktG sind gerechtfertigt. So kann die evtl. bestehende arbeitsrechtliche Folgepflicht kein Rechtfertigungsgrund für die Mißachtung aktienrechtlicher Normen sein.

1) Vgl. oben § 3, D, III.

§ 6 HAFTUNG DER GESETZLICHEN VERTRETER DES HERRSCHENDEN UNTERNEHMENS

A. Verantwortlichkeit als Ausgleich zur Leitungsmacht

Durch den Beherrschungsvertrag entsteht für die der Leitung des anderen Vertragsteils unterworfenen AG eine völlig neue Sachlage. Das Recht, das dem herrschenden Unternehmen eingeräumt wird, der abhängigen Gesellschaft hinsichtlich ihrer Leitung bindende Weisungen zu erteilen, greift nicht nur in deren organisatorische Selbständigkeit ein, sondern seine Ausübung gefährdet auch den bisherigen Ausgleich zwischen den Interessengruppen.

Die durch § 308 AktG dem anderen Vertragsteil eingeräumte Herrschaftsmacht durchbricht das Prinzip der selbständigen Leitung der AG insoweit, als sie ihm eine maßgebende Entscheidungsbefugnis, was die Leitung der Gesellschaft betrifft, verleiht. Die dem Weisungsrecht entsprechende Weisungsfolgepflicht der beherrschten AG bestimmt das Ausmaß der Bindung an den außerhalb der beherrschten Gesellschaft gebildeten Willen. Das bedeutet, daß die abhängige AG praktisch völlig dem Willen des herrschenden Unternehmens unterworfen ist ¹⁾. Aus dieser Substituierung des Willensbildungsprozesses ergibt sich die Schlußfolgerung, daß sich die Gesellschaft nicht mehr nach ihren eigenen Interessen und denen ihrer Aktionäre und Gläubiger richten kann, sondern daß sie, falls eine konträre Weisung erteilt worden ist, die Belange des Weisungsberechtigten beachten muß.

Die Frage, ob die Interessen des anderen Vertragsteils Vorrang vor denen der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft haben, ist mit folgendem Argument zu verneinen: Es geht bei beiden Gruppen um Vermö-

1) Langen, A., Diss., S. 45.

gensinteressen, die gleichwertig sind und deshalb des gleichen Rechtsschutzes bedürfen ¹⁾.

Um diesen Interessenausgleich mit der maßgebenden Einflußmöglichkeit des herrschenden Unternehmens zu koordinieren, ordnet der Gesetzgeber eine Reihe von Vorschriften an, die systematisch in drei Einheiten zu gliedern sind. Erstens: §§ 300 - 303 AktG, die eine Sicherung des Gesellschaftsvermögens und den Schutz der Gesellschaftsgläubiger beabsichtigen. Zweitens: §§ 304 - 307 AktG, die durch ein kompliziertes und von zweifelhafter Effektivität gekennzeichnetes Ausgleichs- und Abfindungssystem den Schutz der außenstehenden Aktionäre zu gewährleisten versuchen. Und drittens: Die Statuierung einer besonderen Haftungsregelung in §§ 308 - 310 AktG, durch die der Gesetzgeber zwei juristische Komplementärinstitute, Rechtsmacht und Verantwortung, auszugleichen sucht ²⁾.

Mit den letztgenannten Vorschriften durchbricht das Gesetz den Grundsatz der Selbstverantwortlichkeit des Vorstands der AG zu Lasten des Weisungsberechtigten ³⁾.

-
- 1) Emmerich/Sonnenschein, 2. Aufl., S. 167. Eine entsprechende Meinung wurde schon in bezug auf den Organschaftsvertrag vertreten; Knoblaue, S. 15.
 - 2) Langen, A., Zur Haftung eines herrschenden Unternehmens aus erteilter Weisung, in: DB 1977, S. 151; Emmerich/Sonnenschein aaO.; Knoblaue, S. 15 mit Fn. 3; Schauß, S. 3 vertritt sogar die Auffassung, daß die sich daraus ergebende Haftung um so schärfer sein soll, je intensiver die Beherrschung ausgeübt wird.
 - 3) Knoblaue, S. 73; Vetter, S. 115; Wiedemann spricht über Verlagerung der Verantwortlichkeit, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, S. 349.

I. Gesetzliche Vertreter

Entsprechend dem bisher Gesagten taucht weiter die Frage auf, wer Haftender bei Durchführung einer unzulässigen bzw. nachteiligen Weisung ist. Versucht man diese Frage aus den gesetzlichen Vorschriften zu beantworten, bemerkt man eine evidente Diskrepanz zu dem Versuch, eine Übereinstimmung zwischen Leitungsmacht und Verantwortlichkeit zu erreichen. Es wäre nämlich zu erwarten, daß das herrschende Unternehmen, das zur Ausübung der Herrschaftsmacht befugt ist, auch die entsprechende Verantwortung zu tragen hat.

Demgegenüber bestimmt § 309 Abs. 1 AktG, daß die Verantwortlichen die "gesetzlichen Vertreter" des herrschenden Unternehmens sind. Hier soll zunächst nur untersucht werden, was der Gesetzgeber mit dem Begriff "gesetzliche Vertreter" meint. Es liegt eine wenig geglückte gesetzliche Ausdrucksweise vor, die evtl. auf den Versuch der Einbeziehung jeder Erscheinungsform des herrschenden Unternehmens, außer der der Einzelfirma, zurückzuführen ist ¹⁾. Zutreffend ist der Wortlaut der Formulierung dann, wenn das herrschende Unternehmen eine juristische Person in der Form einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH ist. Der Vorstand einer AG oder der bzw. die Geschäftsführer einer GmbH sind deren "gesetzliche Vertreter". Als die aufgrund eines Beherrschungsvertrages Weisungsberechtigten haben sie die entsprechende Verantwortlichkeit nach § 309 AktG zu tragen.

Besitzt das herrschende Unternehmen keine Rechtspersönlichkeit, z.B. bei einer OHG oder KG, dann sind als "gesetzliche Vertreter" die kraft Gesell-

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 8 "... global ...".

schaftsvertrages vertretungsbefugten Gesellschafter zu verstehen ¹⁾. Zu dem gleichen Ergebnis käme man im Bereich der Personengesellschaften auch durch eine entsprechende Anwendung des § 309 Abs. 1 AktG ²⁾.

Es fragt sich weiter, welche Personen haften, falls eine BGB-Gesellschaft Vertragspartner ist. Nach einer Ansicht haften nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter ³⁾, während nach anderer Ansicht alle Gesellschafter die Sorgfaltspflicht des § 309 AktG trifft ⁴⁾. Die zweite Meinung geht davon aus, daß die Vertretungsbefugnis in einer BGB-Gesellschaft auf dem Gesellschaftsvertrag beruht und nicht im Gesetz geregelt ist. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, obwohl sie im Ergebnis einen größeren Personenkreis der Haftung zugunsten der abhängigen Gesellschaft unterwirft. Ihre Argumentation ist formal. Grund für die Haftung gem. § 309 AktG ist nicht die gesetzlich mögliche Vertretungsbefugnis, wie sie tatsächlich besteht, gleichgültig, ob sie auf dem Gesetz oder auf einem Gesellschaftsvertrag beruht.

Wieder anders ist die Sachlage in dem Fall, wo der Vertretungsberechtigte des herrschenden Unternehmens eine juristische Person ist ⁵⁾. Es ist fraglich ⁶⁾, ob eine analoge Anwendung des § 309 AktG auf die handelnden Per-

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 10; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 8.

2) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar aaO.

3) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar aaO.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 9; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 309, Einleitung.

5) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 11; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 11.

6) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar aaO.

sonen notwendig ist. Dies ist zu verneinen ¹⁾. Die Organmitglieder der juristischen Person haften direkt nach § 309 AktG aufgrund ihrer Eigenschaft, für das herrschende Unternehmen unmittelbar handeln zu dürfen.

Gesondert wird im Gesetz (§ 309 Abs. 1 AktG) als Haftungsträger der Inhaber einer Einzelfirma erwähnt, falls ein einzelkaufmännisches Unternehmen Beherrschungsvertragspartner ist ²⁾.

Dadurch ist es dem Gesetz gelungen, das in § 309 AktG zum Ausdruck kommende Prinzip der Verantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden zu wahren, ohne sich andererseits mit dem im Konzernrecht ohnehin umstrittenen Unternehmensbegriff ³⁾ auseinanderzusetzen.

II. Teilnahme an Organbeschlüssen der beherrschten AG

Besondere Probleme wirft einerseits die Frage der Verantwortlichkeit solcher Personen, die gesetzlicher Vertreter sowohl bei der herrschenden als auch bei der abhängigen Gesellschaft sind, auf und andererseits die Frage, was passiert, falls die herrschende Gesellschaft nicht durch Weisung, sondern mittels ihrer Stimmabgabe in der Hauptversammlung der untergeordneten AG Maßnahmen durchsetzt, die bei letzterer Schaden verursachen.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 12; Mertens, in: AcP 168 (1968), 228; Rasch, 5. Aufl., S. 29.

3) Fischer, F., Haftung der Verwaltung der AG im Subordinationskonzern, Würzburg 1968. Für weitere Nachweise s. S. 5, Fn. 7.

1. Doppelte Organmitgliedschaft

Ist eine pflichtwidrige Weisung ausgeführt worden und ist ein Vorstandsmitglied der beherrschten AG einer der sog. gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens, dann stellt sich die Frage, nach welcher Vorschrift dieses Vorstandsmitglied haftet, d.h., ob es aufgrund des § 309 oder des § 93 bzw. 310 AktG in Anspruch genommen werden soll.

Nach einer Ansicht soll hier Haftungsgrundlage § 93 AktG sein, § 309 AktG käme nicht in Frage ¹⁾. Der gesetzliche Vertreter sei nur als Vorstandsmitglied der abhängigen AG anzusehen, und nur als solches hat er der Gesellschaft den Schaden zugefügt. Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Sie schließt ohne überzeugenden Grund die Anwendung des § 309 AktG aus, der zwar § 93 AktG nachgebildet ist ²⁾, sich aber von seinem Vorbild in einem entscheidenden Punkt unterscheidet, nämlich in der Möglichkeit, für die Aktionäre der AG, den Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den gesetzlichen Vertreter geltend zu machen.

Eine andere Ansicht unterscheidet richtigerweise danach, in welcher Eigenschaft der Betreffende gehandelt hat, d.h., ob er als Vorstandsmitglied oder als gesetzlicher Vertreter die pflichtwidrige Maßnahme vorgenommen hat. Als Differenzierungskriterium werden die äußeren Umstände herangezogen, d.h.: Haftung nach § 309 AktG, wenn der Betreffende die anderen Vorstandsmitglieder angewiesen hat, aber Haftung nach § 93 AktG, wenn er

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 6.

2) Baumbach/Hueck, § 309, Rdnr. 4 i.f.

selbst die schädliche Handlung ausgeführt hat ¹⁾. Diese Ansicht hat eine Schwäche: die Beweismöglichkeit. Deswegen ist es sinnvoll, sie zu ergänzen: Ist nicht erkennbar, in welcher Eigenschaft das Vorstandsmitglied gehandelt hat, z.B. wenn eine Maßnahme gemeinsam mit einem anderen vorgenommen wurde, der auch Vorstandsmitglied der AG, nicht aber auch gesetzlicher Vertreter des herrschenden Unternehmens ist, dann soll ersterer nach § 309 AktG haften.

2. Teilnahme an Hauptversammlungsbeschlüssen der abhängigen AG

Umstritten ist auch die Frage, ob die Sorgfaltspflichtverletzung der gesetzlichen Vertreter nur durch eine pflichtwidrige Weisung erfolgen kann oder ob sie auch solche Schäden der abhängigen Gesellschaft zu vertreten haben, welche ihr aufgrund der Ausübung des Stimmrechts zugefügt worden sind. Dieses Problem ist an die Frage der Zulässigkeit solcher Weisungen geknüpft, die nicht direkt eine schädliche Maßnahme anordnen, sondern den Vorstand der AG zur Anrufung der Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG bestimmen, wodurch das herrschende Unternehmen ohne das Haftungsrisiko aus § 309 AktG den gleichen Zweck mittels der Einflußnahme seines Stimmrechts zu erreichen versucht.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 23 und 55; vgl. auch Emmerich/Sonnenschein, 2. Aufl., S. 208 - 209 unter Bezugnahme auf tatsächliche Konzernverhältnisse, wo eine günstige Lösung für das abhängige Unternehmen vorgeschlagen wird, und zwar durch eine entsprechende Differenzierung; z.B. auch Neuhaus, S. 110.

Es wird die Meinung vertreten, daß ein solches Verhalten der gesetzlichen Vertreter nicht in den Anwendungsbereich des § 309 AktG fallen kann ¹⁾. Dies würde dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht entsprechen und vor allem im Sinn und Zweck der Vorschrift keine Rechtfertigung finden, weil die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens nicht anstelle des Organs der beherrschten Gesellschaft handeln. Dieser Ansicht ist daher nicht zuzustimmen. Es ist zwar richtig, daß das herrschende Unternehmen bzw. seine Vertreter nicht Organe der untergeordneten AG sind. Eine teleologische Interpretation von § 309 AktG führt dazu, seinen Sinn und Zweck in der Verantwortlichkeit im Vertragskonzern als Ganzes und als Korrelat zu der Leitungsmacht anzusehen. Dieser Zweck wird offensichtlich nicht gefördert, wenn sich die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens darauf berufen können, daß sie nicht Organe der beherrschten AG sind und sie sich dadurch einen Weg zur Umgehung ihrer Haftung eröffnen.

Weil sie diese Umgehung verhindert, ist der gegenteiligen Meinung ²⁾ zuzustimmen, die vor allem konsequenter den Versuch der Erhaltung des Gleichgewichtes der Machtpositionen im Vertragskonzern unternimmt. Es ist hier auf das oben unter § 5, E, I Dargelegte hinzuweisen, wo das entsprechende Problem in bezug auf die Leitungsmachtthematik dargestellt wird. Nur durch eine Qualifikation der Stimmabgabe als Weisung kann man das Haftungsvakuum auffüllen. Eine solche Interpretation kommt der nachteiligen Position der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger zugute, da die gesetzlichen Vertreter eine Entlastung von ihrer Haftung auch dann nicht erreichen

1) Baumbach/Hueck, § 309, Rdnr. 6; v. Godin/Wilhelmi, § 309 a.E.; so auch Knoblauch, S. 59, der die Möglichkeit einer Umgehung des § 309 AktG durch die gesetzlichen Vertreter der Herrschaftsperson feststellt und zugleich akzeptiert.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 24 und 54; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 5.

können, wenn sie zu der pflichtwidrigen Maßnahme durch eine von ihnen selbst veranlaßte Entscheidung der Hauptversammlung indirekt bestimmt wurden.

III. Rechtsnatur der Haftung

Wie oben in § 2 B aufgezeigt wurde, bringt der Abschluß des Beherrschungsvertrages eine tiefgreifende Statusänderung in der abhängigen AG mit sich. Die kausalen objektiven Normen dieses Organisationsvertrages sind vom rechtlichen Charakter her mit den Satzungsnormen nicht nur gleichzustellen, sondern sie überlagern und verdrängen sie sogar, ohne sie aber aufzuheben¹⁾. Das ist der Fall insbesondere für jene Bestimmungen der Satzung (und des Gesetzes), die sich auf die Zuständigkeit des Vorstands beziehen. Durch das Weisungsrecht, das der Beherrschungsvertrag dem herrschenden Unternehmen einräumt, in Verbindung mit der entsprechenden Weisungsfolgepflicht, die dem Vorstand der beherrschten AG auferlegt wird, setzt sich das herrschende Unternehmen für die Dauer des Vertrages quasi an die Stelle eines Organes²⁾ der untergeordneten AG. Diese neugeschaffene Zuständigkeitsregelung gibt auch den Ausschlag für die rechtliche Natur der daraus entspringenden Verantwortlichkeit. Die auf § 309 AktG beruhende Haftung der "gesetzlichen Vertreter" des herrschenden Unternehmens im Konzernrecht entspricht der organschaftlichen Haftung des § 93 AktG im

1) Würdinger, Aktien und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., S. 324.

2) Knoblau, S. 79; dennoch lehnt Knoblau die organähnliche Natur der Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens ab, S. 131.

Aktienrecht. Daher kann ohne weiteres die Schlußfolgerung gezogen werden, daß die Haftung in § 309 AktG ihrer Rechtsnatur nach eine Art Organhaftung darstellt ¹⁾.

IV. Haftungsvoraussetzungen

Die durch § 309 AktG normierte Haftungsregelung stellt zwingendes Recht dar. Deswegen dürfen ihre Voraussetzungen weder erweitert noch beschränkt werden ²⁾. Diese sind kumulativ der Beherrschungsvertrag, die aufgrund dessen erteilte und ausgeführte pflichtwidrige Weisung, der Vermögensschaden der abhängigen AG, der mit der Realisierung dieser Weisung in Kausalzusammenhang stehen muß und das Vorliegen eines Verschuldens des die Weisung Erteilenden.

1. Bestehen eines Beherrschungsvertrages

Entsprechend der Differenzierung der Leitungsausübung im Konzern einerseits kraft Vertrages und andererseits aufgrund tatsächlicher Abhängigkeitsverhältnisse, ist auch die Verantwortlichkeitsregelung gesondert normiert. Während in § 317 AktG die Haftung des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages geregelt wird, setzt § 309 Abs. 1 AktG das Bestehen eines solchen Vertrages aus-

1) Fischer, F., S. 49; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 309, Anm. 2 i.f. Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens werden einer auf Weisungen beschränkten Art der Organhaftung unterworfen, Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 30 i.f.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 25 i.f.

drücklich voraus. Nur wenn ein Beherrschungsvertrag rechtmäßig abgeschlossen worden ist ¹⁾, und in der Zeit der Weisungsausführung immer noch gilt, ist § 309 AktG einschlägig.

2. Sorgfaltswidrige Weisung

Geht man davon aus, daß kraft des Beherrschungsvertrages dem herrschenden Unternehmen als einziges Leitungsmittel ²⁾ die Weisung zur Verfügung steht, kann man das Unternehmen bzw. seine gesetzlichen Vertreter für einen Schaden der abhängigen AG nur dann in Anspruch nehmen, wenn von dem Weisungsrecht Gebrauch gemacht wurde. Der Meinung, nach der die gesetzlichen Vertreter bei Unterlassung einer Weisung genauso haften ³⁾, kann man sich deswegen nicht anschließen, weil die Obergesellschaft nur berechtigt, nicht aber auch zur Weisungserteilung verpflichtet ist ⁴⁾. Zu dem Schluß, daß eine Weisungserteilung vorausgesetzt wird, gelangt man durch Interpretation des Gesetzeswortlautes (vgl. die Formulierung des § 309 Abs. 1 AktG ("an diese") ⁵⁾).

1) Knoblau, S. 82.

2) a.A. Mertens, H.-J., Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach § 309 AktG in schadensersatzrechtlicher Sicht, in: AcP 168 (1968), 227.

3) Würdinger, H., in: Großkommentar AktG, § 309, Anm. 3.

4) Knoblau, S. 83 - 84. So ist auch der § 283 Abs. 2 S. 1 des RefE zu interpretieren, Knoblau, S. 29. Dennoch s. oben § 3, F i.f. mit Bezug auf die ausnahmsweise angenommene Weisungspflicht; Zietz, S. 36. Aus dem Beherrschungsvertrag entsteht nur ein Weisungsrecht und keine Weisungspflicht für das herrschende Unternehmen.

5) So Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 22 und Glaser, S. 126; a.A. Fischer, S. 47.

Es fragt sich, wann die sorgfaltswidrige Weisung "erteilt" wird, d.h. ob eine Weisung *expressis verbis* vorhanden sein muß oder ob der Begriff der Weisung so weit auszulegen ist, daß sie jede einzelne Einflußnahme umfaßt ¹⁾. Das Verlangen nach einer Typisierung der Weisung interpretiert diesen Begriff zu eng und vernachlässigt demzufolge die Interessen der abhängigen AG, andererseits verwischt die Ansicht, jede Einflußnahme stelle eine Weisung dar, unnötig die Schranken zwischen rechtlicher und faktischer Leitungsmacht ²⁾. Deswegen ist die vermittelnde Ansicht richtiger, nach der die Weisung eine Anordnung, eine Direktive oder auch eine Aufforderung, aber auch eine "unverbindliche Empfehlung" sein kann ³⁾.

Was die Verbindlichkeit solcher Empfehlungen betrifft, ist zu betonen, daß nicht die Ansicht der Weisungserteilenden darüber maßgebend ist. Entscheidend ist vielmehr, ob sie von dem Vorstand der AG als verbindlich verstanden werden könnte ⁴⁾. Die Verobjektivierung der Weisungsgebundenheit seitens des Weisungsempfängers schließt die Gefahr einer allzu weiten Haftung des herrschenden Unternehmens aus.

Anders, als von einem Teil des Schrifttums angenommen wird ⁵⁾, sind im Rahmen des § 309 AktG die Rechtswidrigkeit oder die Unzulässigkeit der erteilten Weisung keine Haftungsvoraussetzung. Es genügt, daß durch die Durchführung der angewiesenen Maßnahme ein Schaden bei der abhängigen Gesellschaft verursacht worden ist und die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens bei der Weisungserteilung nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers beachtet haben. Die Haf-

1) Würdinger, H., in: Großkommentar AktG, § 308, Anm. 1.

2) So auch Fischer, F., S. 50, 51.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 308, Anm. 12.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 19.

5) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 3.

tung nach § 309 AktG greift nicht nur ein, wenn bei einem Geschäft, welches die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens für nicht nachteilig gehalten haben, bei der abhängigen Gesellschaft durch ihre Weisung ein Schaden entstanden ist, den sie bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätten voraussehen können und müssen ¹⁾, sondern ebenfalls, wenn die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens zwar zu einer für die Gesellschaft nachteiligen Weisungserteilung berechtigt waren, die erteilte Weisung jedoch nicht die für das Konzernunternehmen erwarteten Vorteile gebracht hat und sie dies hätten erkennen können und müssen ²⁾.

Ihre Haftung kann folglich sowohl auf einer unzulässigen als auch auf einer lediglich nachteiligen Weisung beruhen, allerdings unter der Voraussetzung, daß der Schaden der abhängigen Gesellschaft mit der Überschreitung des Weisungsrechtes seitens der gesetzlichen Vertreter durch Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht ³⁾ zusammenhängt.

3. Vermögensschaden

Damit der Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden kann, muß der abhängigen Gesellschaft ein Vermögensschaden entstanden sein. Diese Haftungsvoraussetzung ist als falscher Ansatzpunkt des Gesetzgebers angesehen worden, aufgrund dessen die bestehenden Schutzvorschriften ihr Ziel verfehlen ⁴⁾. Man bräuchte nämlich als Tatbestandsvoraussetzung für die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens nicht erst das Vorliegen

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 20.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO.

3) Baumbach/Hueck, § 309, Rdnr. 6.

4) Langen, Diss., S. 50; Langen, Zur Haftung eines herrschenden Unternehmens aus erteilter Weisung, in: DB 1977, 151.

eines Schadens verlangen, sondern man müßte die herrschende Gesellschaft mit der Verantwortung für die Folgen ihrer Weisung schon in einem früheren Stadium, etwa bei der Weisungserteilung, belasten. Diesem Vorschlag de lege ferenda ist, was die sorgfaltswidrige Weisungserteilung betrifft, zuzustimmen. Es würde zur Verbesserung der bislang mangelhaften Effektivität des Verantwortungssystems im Konzern beitragen.

4. Sorgfaltspflichtverletzung

Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens sind nur dann schadensersatzpflichtig, wenn sie schuldhaft gehandelt haben ¹⁾. Nach § 309 Abs. 1 AktG haben sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die sich daraus ergebende Sorgfaltspflicht ist von der allgemeinen Pflicht der gesetzlichen Vertreter, keine schädigenden Weisungen zu erteilen, klar zu unterscheiden. Die Sorgfaltspflicht des § 309 AktG stellt nur den Haftungsmaßstab dar. Dadurch wird der im bürgerlichen Recht objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB konkretisiert, indem auf die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters abgestellt wird. Der Fahrlässigkeitsmaßstab wird hier wie im bürgerlichen Recht nach sachlichen und objektiven Kriterien, unabhängig von der Person des bestimmten Geschäftsleiters, beurteilt. Es ist jedoch hinzuzufügen, daß es keinen einheitlichen Geschäftsleitertyp gibt, demzufolge muß

1) Was speziell die Sorgfaltspflichtverletzung anbelangt, ist die Haftung beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages schärfer, während bei vertraglichen Konzernbeziehungen ein Verschulden des Handelnden unerlässlich ist, verpflichtet bei tatsächlicher Leitungsausübung die bloße objektive Nachteilszufügung zum Schadensersatz nach § 317 AktG, Beuthien, V., Unternehmenskonzentration und Kleinaktionärsschutz, in: JuS 1970, 58.

man bei der Schuldfrage auch solche Faktoren wie z.B. die Art der in Betracht kommenden Konzernunternehmen, die Konjunkturlage, die aus wirtschaftlicher Vernunft erforderlichen Maßnahmen usw. berücksichtigen¹⁾.

Die Sorgfaltspflicht wird generell unabhängig von der Form des herrschenden Unternehmens bestimmt. Der geschäftsführende Gesellschafter einer herrschenden BGB-Gesellschaft beispielsweise kann sich nicht nach § 708 BGB auf die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anwendet, berufen.

Der Schadensersatzanspruch richtet sich nur gegen den gesetzlichen Vertreter, der die Weisung ohne Beachtung seiner Sorgfaltspflicht erteilt hat.

5. Kausalzusammenhang

Damit ein Schadensersatzanspruch entsteht, muß in doppelter Weise ein Ursachenzusammenhang bestehen, und zwar: einerseits zwischen dem Verschulden und dem Schaden²⁾, andererseits zwischen diesem und der Weisung in dem Sinne, daß der Schaden gerade durch die Ausführung der sorgfaltswidrigen Weisung entstanden ist.

Ein entsprechender Kausalitätsbeweis ist für die außenstehenden Klagenden außergewöhnlich schwierig, so daß er nach dem unzumutbaren Prozeßrisiko mit Recht als der wichtigste Einwand gegen die Funktionsfähigkeit der gegebenen Regelung angesehen wird. Die fast nie existierende Einblickmöglichkeit der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger in die Interna eines Konzerns in Verbindung damit, daß die Weisung auch als einfache Empfehlung zustandekommen kann, bilden nur eine Ursache dieser Beweisschwierigkeit.

1) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 12.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 33; so auch Knoblaue, S. 85 unter 4; Fischer, S. 60.

Es ist daher sinnvoll, den Vorschlag einer Beweislastumkehr ¹⁾ entsprechend auf nachteilige Weisungen anzuwenden. Dadurch würde § 309 Abs. 2 S. 2 AktG dergestalt erweitert, daß von der widerlegbaren Vermutung ausgegangen wird, daß der Schaden der abhängigen AG auf eine entsprechende Weisung des herrschenden Unternehmens zurückzuführen ist.

V. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

Falls das herrschende Unternehmen eine AG ist, fragt sich weiter, ob im Falle eines Schadens bei der beherrschten AG wegen einer erteilten Weisung auch die Aufsichtsratsmitglieder des herrschenden Unternehmens in Anspruch genommen werden können. Diese Frage ist zu verneinen, weil die Aufsichtsratsmitglieder keine gesetzlichen Vertreter der AG im Sinn von § 309 AktG sind ²⁾. Der gegenteiligen Meinung, die davon ausgeht, man interpretiere den Begriff "gesetzliche Vertreter" zu eng, falls man in diesem Zusammenhang die Aufsichtsratsmitglieder nicht miteinbezieht ³⁾, ist nicht zuzustimmen.

1) Bachelin, H., Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Heft 19, Köln 1969, S. 62. Vgl. auch den entsprechenden Vorschlag von Langen über die Verbindlichkeit einer abhängigen Gesellschaft, Zur Haftung eines herrschenden Unternehmens aus erteilter Weisung, in: DB 1977, 152, 153.

2) Baumbach/Hueck, § 309, Rdnr. 2; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 13.

3) Fischer, F., S. 133.

Gleichfalls nicht mitverantwortlich sind die Aufsichtsratsmitglieder, wenn die angewiesene sorgfaltswidrige Maßnahme zu jenen gehört, für die nach § 111 Abs. 4 AktG eine Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich war und er diese bereits erteilt hat ¹⁾.

Ist es in einem Fall des § 308 Abs. 3 AktG zu einem Schaden gekommen, ist die Haftung des Aufsichtsrats umstritten. Hat der Aufsichtsrat der angewiesenen Gesellschaft der Realisierung der Weisung nicht zugestimmt und besteht der Vorstand der beherrschenden AG trotzdem auf ihrer Ausführung, dann darf die Weisung nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft wiederholt werden. Während nach einer Ansicht ²⁾ mit dieser Ersatzbilligung keine Haftung gegenüber der abhängigen Gesellschaft verbunden werden darf, sieht mit Recht eine andere ³⁾ gerade in dieser Substitution der Organbefugnisse eine Analogiegrundlage für die Anwendung des § 309 AktG.

B. Geltendmachung der Ersatzansprüche

I. Durch die abhängige Gesellschaft

Entsteht der abhängigen Gesellschaft durch die Verwirklichung einer sorgfaltswidrigen Weisung ein Schaden, dann steht ihr in erster Linie der Schadensersatzanspruch zu. Zur Geltendmachung des Anspruchs ist ihr Vorstand befugt, denn nach § 78 AktG obliegt ihm die Aufgabe, gegen Dritte - und die

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 14.

2) v. Godin/Wilhelmi, § 309, Anm. 4; Mutze, O., Erfahrungen aus der Anwendung der Unternehmensverträge des Aktiengesetzes 1965, in: Die AG 1967, 254; Würdinger, H., in: Großkommentar AktG, § 309, Anm. 5.

3) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 13; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 15.

gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens sowie das herrschende Unternehmen selbst sind Dritte im Verhältnis zu der Gesellschaft ¹⁾, selbst wenn ein Beherrschungsvertrag ihnen die Weisungsbefugnis einräumt - Ersatzansprüche seiner Gesellschaft geltend zu machen.

Da die Geltendmachung des Ersatzanspruches nach § 76 AktG zur Leitung der Gesellschaft gehört, und diese in einem Vertragskonzern dem herrschenden Unternehmen unterstellt ist, ist nicht auszuschließen, daß letzteres bzw. seine gesetzlichen Vertreter versuchen, den Vorstand anzuweisen, die Geltendmachung gegen sie zu unterlassen. Eine solche Weisung, die offensichtlich nicht Konzernbelangen, sondern den Privatinteressen der Ersatzpflichtigen dienen würde und ihnen eine Entscheidung in eigener Sache ermöglichen würde ²⁾, ist rechtswidrig. Sie würde zu einer Lähmung der Verantwortlichkeitsregelung führen und der Sorgfaltspflicht der gesetzlichen Vertreter bei der Weisungserteilung jede Bedeutung nehmen. Befolgt der Vorstand trotzdem eine solche unzulässige Weisung, macht er sich nach § 310 AktG ersatzpflichtig. Sieht er, ohne daß eine Weisung vorliegt, selbst von der Geltendmachung ab, haftet er nach § 93 AktG.

Der Vorstand der abhängigen AG ist nicht berechtigt, selbständig zu entscheiden, daß er den Ersatzanspruch nicht geltend machen will. Dies bleibt ihm durch § 309 Abs. 3 AktG verwehrt, denn das Nichtgeltendmachen kommt einem Verzicht gleich und ein solches Absehen von der Geltendmachung muß entsprechend von einer Zustimmung der außenstehenden Aktionäre abhängig gemacht werden ³⁾.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 35; Knoblauch, S. 112.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 27; Knoblauch, S. 65.

3) So Zietz, S. 128.

II. Durch die Aktionäre

Obwohl es zu dem Pflichtenkreis des Vorstands gehört, die Ersatzforderungen seiner Gesellschaft geltend zu machen, hat der Gesetzgeber den Schadensausgleich nicht ausschließlich von dessen Initiative abhängig gemacht. Die Tatsache, daß die Wiederbestellung der Vorstandsmitglieder grundsätzlich von dem Willen der gesetzlichen Vertreter der herrschenden Gesellschaft abhängt, wirkt sich hemmend auf den Vorstand aus. Hinzu kommt die Befürchtung, daß die Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft zusätzlich selbst nach § 310 AktG zur Mitverantwortung gezogen werden könnten, wenn gegen die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens vorgegangen wird und offensichtlich wird, daß die eigenen Verwaltungsmitglieder den Schaden mitverschuldet haben ¹⁾. Solche Erwägungen haben den Gesetzgeber dazu veranlaßt, das Recht zur Geltendmachung der Ersatzansprüche sowohl den Aktionären als auch den Gläubigern der geschädigten Gesellschaft einzuräumen.

So wird nach § 309 Abs. 4 AktG jedem - und nicht nur dem außenstehenden ²⁾ - Aktionär ein eigenes Recht eingeräumt, die Ersatzforderung geltend zu machen. Er kann jedoch lediglich Leistung an die Gesellschaft fordern. Mit dieser Regelung hat das Aktiengesetz Neuland betreten und abweichend vom früheren Recht eine Art *actio pro socio* eingeführt ³⁾. Nach Knoblauch handelt es sich hier prozeßrechtlich um einen Fall der gesetzlich zugelassenen Prozeßstandschaft, nämlich um eine Geltendmachung im eigenen Namen ohne materielle Befugnis ⁴⁾.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 35.

2) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 309, Anm. 10.

3) Über die Unzulänglichkeit der früheren Regelung s. Großfeld, S. 301 ff.

4) Knoblauch, S. 116; Fischer, S. 83; Bachelin, S. 66.

Durch die Statuierung des Individualrechts des einzelnen Aktionärs in § 309 Abs. 4 AktG ist der Gesetzgeber weit über die Regelung des § 147 Abs. 1 S. 1 AktG hinausgegangen. Die Ausübung dieses Rechtes wird weder von einfacher Mehrheit in der Hauptversammlung noch von dem Verlangen einer Minderheit abhängig gemacht, weil der Einfluß des herrschenden Unternehmens häufig so stark sein wird, daß die erforderliche Mehrheit nicht zustande kommt ¹⁾. Eine unmittelbare Schädigung des den Ersatzanspruch geltendmachenden Aktionärs wird außerdem nicht vorausgesetzt, denn er verlangt nur Leistung an die geschädigte Gesellschaft ²⁾.

Der Ansicht Großfelds sollte man sich anschließen, daß die Klage des Einzelaktionärs die Folge der Untätigkeit der zunächst berufenen Gesellschaftsorgane sein sollte ³⁾. Der Aktionär hat sich zuerst an diese zu wenden, damit sie die Ersatzansprüche geltend machen. Erst wenn sie - unter Verletzung ihrer Pflichten gegenüber der Gesellschaft - die Erhebung der Klage abgelehnt oder innerhalb bestimmter Frist die Klage nicht bei Gericht eingereicht haben, ist der Weg für den Aktionär frei ⁴⁾.

Im Gegensatz zu der Rechtslage bei der Geltendmachung des Anspruchs eines Gläubigers darf der Aktionär sein Recht nicht mehr ausüben, wenn sich die Gesellschaft über den Ersatzanspruch verglichen oder auf diesen verzichtet hat. Dem kann jedoch der Aktionär entgegenwirken, indem er ent-

1) Kropff, Begründung RegE, S. 405.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 37.

3) Großfeld, S. 296.

4) Großfeld aaO.

weder sein Stimmrecht im Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre ausübt oder er den Vergleich bzw. den Verzicht nach §§ 138, 243 Abs. 2 AktG anfecht ¹⁾.

Obleich der Gesetzgeber durch die Gewährung eines Individualrechtes für jeden einzelnen Aktionär über die ansonsten gegebenen Möglichkeiten des § 147 AktG hinausgehen wollte, ist es dennoch zweifelhaft, ob er durch § 309 Abs. 4 AktG eine Regelung geschaffen hat, die ausreichend die Interessen der außenstehenden Aktionäre gegen mißbräuchliche Ausübung der Leitungsmacht seitens des herrschenden Unternehmens zu schützen vermag. Einerseits kann sich der einzelne Aktionär trotz seines Auskunftsrechtes nur äußerst schwierig Einblick in das interne Geschehen des Konzerns verschaffen, um Kenntnis von den haftungsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen zu erhalten ²⁾. Selbst wenn ihm das gelungen ist, trägt er andererseits das volle Prozeßrisiko, so daß er im Falle einer Niederlage mit sehr hohen Prozeßkosten rechnen muß. Dennoch hat der Gesetzgeber in diesem Kostenrisiko das geeignete Instrument dafür gesehen, um einen Mißbrauch des Rechtes zur Geltendmachung der Ersatzansprüche zu verhindern ³⁾.

Dieses Mittel, mißbräuchlicher Rechtsausübung vorzubeugen, wird im Schrifttum einhellig ⁴⁾ als wenig geglückt angesehen, weil dadurch die Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens praktisch ohne jede Bedeutung bleiben dürfte. Denn es besteht in diesem Punkt keine

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 38.

2) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 195; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 20; Zietz, S. 130.

3) Kropff, Begründung RegE, S. 405.

4) Emmerich/Sonnenschein aaO.; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 40; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 20; Großfeld, S. 301 ff.; Zietz, S. 130; Mertens, in: AcP 168 (1968), 225, 227; Brachvogel, S. 126; Bachelin, S. 66.

Ausgewogenheit zwischen tragbarem Risiko und Erfolgschance, zumal der klagende Aktionär einerseits lediglich eine Leistung an die Gesellschaft erreichen kann, er andererseits aber im Falle seines Unterliegens die gesamten Prozeßkosten selbst tragen muß.

Um das Kostenrisiko nicht zum Hindernis werden zu lassen, so daß der Kleinaktionär ¹⁾ von seinem Klagerecht überhaupt keinen Gebrauch macht, ist es angebracht, sich der Ansicht von Biedenkopf/Koppensteiner anzuschließen, die in diesem Fall eine analoge Anwendung des § 247 AktG über den gespaltenen Streitwert in Betracht ziehen ²⁾. Der Aktionär kann folglich nur einen Teilbetrag der Forderung der Gesellschaft einklagen, damit er sich auf ein für ihn tragbares Kostenrisiko beschränkt. Will das herrschende Unternehmen mit Hilfe einer den gesamten Ersatzanspruch betreffenden Widerklage auf Feststellung den Streitwert hochtreiben, ist § 247 AktG entsprechend anzuwenden, denn diese Vorschrift beruht auf der Annahme einer Situation, in der eine Mehrheit zum Nachteil einer Minderheit handelt ³⁾. Dieser Minderheit ist ein geeignetes Verteidigungsmittel einzuräumen, zumal eine analoge Anwendung des nach § 247 AktG gespaltenen Streitwertes nicht nur aufgrund der privaten Interessen der Minderheitsaktionäre geboten ist, sondern gleichzeitig dem öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit der gesamten Konzernrechtsordnung dient ⁴⁾.

1) Nach Rasch, Gutachten, S. 36 pflegen die Großaktionäre sich fast immer irgendwie mit der Verwaltung zu verständigen.

2) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 22; skeptisch Martens, in: AcP 168 (1968), 225, 226 f.; Bachelin, S. 67 f.

3) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309, Anm. 23.

4) Biedenkopf/Koppensteiner aaO.

III. Durch die Gläubiger

In § 309 Abs. 4 S. 3 AktG wird auch den Gläubigern der Gesellschaft das Recht eingeräumt, ihre Schadensersatzansprüche gegen die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens geltend zu machen. Wenn eine abhängige Gesellschaft durch pflichtwidriges Verhalten der die Leitung ausübenden Personen einen Schaden erleidet, können ihre Gläubiger durch Verkürzung ihrer Haftungsgrundlage betroffen sein ¹⁾. Von der gleichen Prämisse gehen sowohl der die entsprechende Problematik regelnde § 93 Abs. 5 AktG als auch sein Vorbild in den Vorschriften der §§ 84 Abs. 5 und 101 Abs. 5 des AktG von 1937 aus ²⁾.

Anders als bei der Geltendmachung durch die Aktionäre können die Gläubiger nicht nur Leistung an sich selbst verlangen, sondern sie müssen dies tun ³⁾, da ihnen andernfalls das Klagerecht kaum nützen würde. Das ergibt sich aus der gesetzgeberischen Absicht, die Gläubigerinteressen effektiv zu schützen ⁴⁾.

Wie bei der Geltendmachung durch die Aktionäre macht auch der Gläubiger nicht einen eigenen, sondern einen Anspruch der Gesellschaft als Prozeßstandschafter geltend. Das Recht aus § 309 Abs. 4 S. 3 AktG begründet keinen originären Anspruch gegen die gesetzlichen Vertreter. Es stellt lediglich ein unmittelbares Klagerecht dar, das ihnen direkt und ohne die sonst bestehenden Umwege der Pfändung und Überweisung ermöglicht, im eigenen Namen gegen die der Gesellschaft ersatzpflichtigen Personen vorzu-

1) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 89.

2) Aus diesem Grund können Rechtsprechung und Literatur zu diesen Bestimmungen weiterhin herangezogen werden; Knoblaue, S. 119.

3) Baumbach/Hueck, § 93, Rdnr. 15; Mertens, in: Kölner Kommentar, § 93, Anm. 64; Knoblaue, S. 120; Zietz, S. 132.

4) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 72.

gehen, um die Zahlung ihrer eigenen Forderung, und zwar in voller Höhe samt aller Nebenforderungen - Zinsen, Mahnkosten usw.¹⁾ - an sich selbst zu verlangen. Übersteigt allerdings die Gläubigerforderung die Höhe des Ersatzanspruches der Gesellschaft, darf der Klagende nicht mehr geltend machen als den Schaden, den die Gesellschaft ersetzt verlangen könnte²⁾.

Der Rechtsgrund der Gläubigerschaft ist nicht ausschlaggebend³⁾. Sie kann eine vertragliche, vertragsähnliche, gesetzliche oder gar deliktische Grundlage aufweisen⁴⁾. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der dem Gläubiger entstandene Schaden von dem gesetzlichen Vertreter nicht unmittelbar durch die Ausführung, sondern mittelbar während der Ausführung der ihm obliegenden Aufgaben verursacht wurde. Auf den Zeitpunkt der Entstehung der Gläubigerforderung kommt es ebenfalls nicht an. Es ist gleichgültig, ob die Forderung des Gläubigers bereits vor der pflichtwidrigen Weisung, die den Schaden der Gesellschaft verursacht hat, entstanden war oder nachträglich. Eine dem Schaden nachfolgende Gläubigerforderung ist keineswegs weniger durch eine Insolvenz der beherrschten Gesellschaft gefährdet und deswegen genauso schutzbedürftig wie eine ihm vorangehende⁵⁾. Außerdem ist es nicht nötig, daß zwischen der Forderung des Gläubigers an die Gesellschaft und der Ersatzpflicht der gesetzlichen Vertreter irgendeine Verbindung besteht⁶⁾.

1) v. Godin/Wilhelmi, § 93, Anm. 28; Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 68; Zietz, S. 132.

2) Zietz aaO.

3) Baumbach/Hueck, § 93, Rdnr. 16; v. Godin/Wilhelmi, § 93, Anm. 28.

4) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 69.

5) Zietz aaO.

6) Knoblaue, S. 120.

Da der klagende Gläubiger als lediglich Prozeßführungsberechtigter kein materielles Eigenrecht ausübt, kommt es nicht zu einer Gesamtgläubigerschaft im Sinne des § 428 BGB, falls mehrere Gläubiger den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen ¹⁾. Es handelt sich vielmehr um eine Sachbefugnis mehrerer Einzelgläubiger ²⁾. Macht die anspruchsberechtigte Gesellschaft neben dem Gläubiger den Ersatzanspruch gegen die gesetzlichen Vertreter oder das herrschende Unternehmen geltend, sind die beiden gleichfalls keine Gesamtgläubiger. Ein Vorrangsrecht wird weder der Gesellschaft vor dem Gläubiger ³⁾ noch diesem vor der Gesellschaft eingeräumt ⁴⁾. Will jedoch der Gläubiger ein Vorrangsrecht erlangen, kann er das nur erreichen, indem er den Ersatzanspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt. Hat schon ein Gläubiger den Anspruch der Gesellschaft geltend gemacht und erhebt dann ein anderer oder gar die Gesellschaft selbst eine Klage, dürfen die Inanspruchgenommenen nicht die Einrede der Rechtshängigkeit nach § 274 Abs. 2 Nr. 4 ZPO entgegensetzen ⁵⁾. Die Einrede der Rechtshängigkeit bleibt den Inanspruchgenommenen auch dann verwehrt, wenn der klagende Gläubiger gleichzeitig gegen einen anderen gesetzlichen Vertreter oder das herrschende Unternehmen selbst oder die nach § 310 AktG gesamtschuldnerisch mithaftenden Verwaltungsmitglieder der beherrschten Gesellschaft eine Klage erhoben hat.

1) Mertens, in: Kölner Kommentar, § 93, Anm. 67; Baumbach/Hueck, § 93, Rdnr. 16; Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 68.

2) v. Godin/Wilhelmi, § 93, Anm. 28; Zietz, S. 133.

3) Zietz, S. 134.

4) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 74.

5) Mertens, in: Kölner Kommentar, § 93, Anm. 68; Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 75; a.A. Zietz aaO.

Was die Beweislast betrifft, hat der prozeßführende Gläubiger neben den oben unter § 6, A, IV dargelegten Haftungsvoraussetzungen grundsätzlich zu beweisen, daß er von der abhängigen Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Nicht ausreichend dafür ist die Tatsache, daß die Gesellschaft trotz Fälligkeit seiner Forderung nicht gezahlt hat, andererseits darf der Inanspruchgenommene die Einrede der Vorklage nicht entgegensetzen. Der Anspruchsteller braucht weder die beherrschte Gesellschaft bereits verklagt noch die Zwangsvollstreckung schon versucht zu haben ¹⁾. Es genügt die Glaubhaftmachung, daß die durch die pflichtwidrige Weisung geschädigte Gesellschaft objektiv nicht mehr in der Lage ist, seine fällige Forderung zu befriedigen, weil sie zahlungsunfähig geworden oder überschuldet ist.

Das rechtskräftige Urteil, das ein Gläubiger erzielt hat, wirkt nach § 325 ZPO nur für und gegen ihn als Partei, nicht auch für und gegen die Gesellschaft als Anspruchsträgerin und gegen andere Gläubiger ²⁾. Der ersatzpflichtige gesetzliche Vertreter kann sich von seiner Schuld, und zwar gegenüber allen, befreien, indem er entweder an die Gesellschaft oder an einen ihrer Gläubiger zahlt, und zwar ohne Rücksicht darauf, wer von den Forderungsberechtigten zuerst seine Klage erhoben hat ³⁾. Will der klagende Gläubiger seine Befriedigung sichern, hilft ihm nur die Pfändung oder die Einziehung des Anspruchs aufgrund eines Schuldtitels. Hat die Gesellschaft rechtswirksam auf einen Schadensersatzanspruch verzichtet oder sich über ihn verglichen, so wirkt der Verzicht oder der Vergleich nur gegenüber der Gesellschaft, bleibt

1) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 71; Zietz, S. 133.

2) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 73 i.V.m. Anm. 76.

3) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 73 i.V.m. Anm. 76.

jedoch im Gegensatz zu der Rechtslage bei der Geltendmachung des Anspruchs durch die Aktionäre gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nach § 309 Abs. 4 S. 4 AktG wirkungslos.

IV. Durch den Konkursverwalter

Sobald über das Vermögen der geschädigten Gesellschaft wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung das Konkursverfahren eröffnet worden ist, sind nicht mehr sie, ihre Aktionäre oder Gläubiger berechtigt, den Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Statt dessen wird nach § 309 Abs. 4 S. 5 AktG dieses Recht gerichtlich und außergerichtlich ausschließlich vom Konkursverwalter ausgeübt.

Eine eventuelle Klage der bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens Berechtigten hat das Gericht während dessen Dauer mangels Sachberechtigung abzuweisen ¹⁾. Wenn die Klage bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erhoben wurde, wird der Prozeß durch die Konkurseröffnung nach § 240 ZPO unterbrochen. Der Konkursverwalter nimmt aber auch die Stellung eines Rechtsnachfolgers des bisherigen Klägers gemäß § 325 ZPO ein, wenn er in einen von einem Aktionär oder Gläubiger eröffneten und noch schwebenden Prozeß eintritt ²⁾. Ein rechtskräftiges Urteil wirkt für und gegen alle Beteiligten, da der Konkursverwalter von Amts wegen für alle Beteiligten seine Aufgaben wahrnimmt. Nur wenn der zur Geltendmachung des Ersatzanspruches Berechtigte vor Eröffnung des Konkursverfahrens geklagt hat und nach dessen Beendigung immer noch nicht rechtskräftig ent-

1) RGZ 74, 428; RG, JW 1935, 3302.

2) Zietz, S. 134.

schieden worden ist, kann er als Rechtsnachfolger jetzt des Konkursverwalters den Prozeß fortsetzen, da seine entfallene Sachberechtigung wieder in Kraft getreten ist ¹⁾.

C. Erlöschen oder Schmälerung des Ersatzanspruches

I. Verzicht und Vergleich

1. Zustandekommen

Aufgrund § 309 Abs. 3 AktG kann ein bestehender Schadensersatzanspruch der beherrschten Gesellschaft ganz oder teilweise durch Verzicht - § 397 BGB - zum Erlöschen gebracht oder durch Vergleich - § 779 BGB - modifiziert werden. Dazu müssen nach § 309 Abs. 3 AktG kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

Ein Fristablauf von drei Jahren seit der Entstehung des Anspruchs ist die erste Voraussetzung. Der Kritik des deutschen Anwaltsvereins, der die dreijährige Frist als zu starr bezeichnet hat ²⁾ und aus diesem Grund die Regelung des § 309 Abs. 3 AktG für wenig geglückt hält, ist nicht beizupflichten. Der Vorschlag, daß es für die Gesellschaft zweckmäßiger wäre, wenn auch während der drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs mit gerichtlicher Zustimmung über einen Verzicht oder Vergleich entschieden wird, übersieht den Sinn dieser Sperrfristregelung. Die abhängige Gesellschaft darf während dieser Zeit deshalb nicht auf den Ersatzanspruch verzichten oder sich über ihn vergleichen, damit nicht zu einem Zeitpunkt darüber entschieden wird, in dem sich noch kein abschließendes Bild über die Auswirkungen der schädi-

1) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 81.

2) Anwaltsverein, Begründung zu § 298 RegE.

genden Handlung gewinnen läßt ¹⁾. Auf der anderen Seite hat sich der Gesetzgeber des geltenden Aktiengesetzes mit Recht von der 5-Jahresfrist der früheren Vorschrift des § 84 AktG 1937 abgewendet, weil er verhindern wollte, daß ein Vergleich oder Verzicht erst dann erfolgen kann, wenn der Anspruch nach § 309 Abs. 5 AktG bereits verjährt ist ²⁾.

Allerdings ist die 3-Jahresfrist nur die Regel. Es gibt Ausnahmefälle, bei denen es bereits vor Fristablauf zu einem Verzicht oder Vergleich kommen darf. So gilt nach § 309 Abs. 3 S. 2 AktG die zeitliche Beschränkung nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung der Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht. Es ist hierzu nicht ausschlaggebend, ob es sich um einen Vergleich im Konkursverfahren, einen Konkursverzicht, einen Vergleich im gerichtlichen Vergleichsverfahren oder einen außergerichtlichen Vergleich handelt, wobei nicht zu berücksichtigen sein soll, ob der Vergleich mit allen Beteiligten und unter den gleichen Bedingungen geschlossen wird ³⁾. Die zeitliche Beschränkung gilt ferner nicht, wenn sich die beherrschte Gesellschaft selbst im Konkurs befindet. Solange das Konkursverfahren dauert, ist der Konkursverwalter nicht gehindert, auch während der ersten drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs zu verfügen ⁴⁾, damit die Verwertung von Massebestandteilen erleichtert wird.

Die zweite Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht bzw. Vergleich betrifft die Entscheidungszuständigkeit bei der Gesellschaft. Es ist charakteristisch für die Sorge des Gesetzgebers, den Minderheitenschutz effektiv zu gewährleisten, daß er diese Befugnis in §§ 93 Abs. 4 S. 3 und 4 bzw. 309

1) Kropff, Begründung RegE, S. 132; Fischer, S. 75.

2) Knoblaue, S. 124; Zietz, S. 136.

3) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 63.

4) Fischer, S. 113; Zietz, S. 136; Knoblaue, S. 124.

Abs. 3 AktG dem Entscheidungsbereich der Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder entzogen hat. Während bei der unabhängigen Aktiengesellschaft diese Entscheidung nach § 93 Abs. 4 AktG einen Hauptversammlungsbeschluß voraussetzt, wird nach § 309 Abs. 3 AktG bei der konzernverbundenen Untergesellschaft nicht nur den Leitungsorganen, sondern auch der Hauptversammlung die entsprechende Beschlußbefugnis entzogen ¹⁾. Vielmehr ist ein Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre erforderlich. Indem es auf die Stimmabgabe des herrschenden Unternehmens in der Hauptversammlung nicht ankommt, wird der Gefahr begegnet, daß die gesetzlichen Vertreter, gegen die sich gerade der in Frage stehende Anspruch richtet, beeinflußt werden könnten ²⁾.

Für das Zustandekommen des Sonderbeschlusses ist die Mehrheit der von den außenstehenden Aktionären abgegebenen Stimmen notwendig und ausreichend ³⁾.

Die dritte Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht oder Vergleich ist negativ formuliert: Sobald eine Minderheit, deren Anteile 10 % des bei der Beschlußfassung der außenstehenden Aktionäre vertretenen Grundkapitals erreichen, dem Beschluß widersprochen hat, kommt kein wirksamer Verzicht oder Vergleich zustande. Dadurch wird dem Minderheiteninteresse zusätzlich Rechnung getragen. Die Berechnung des Prozentsatzes bestimmt sich

1) Nach Großfeld, S. 295 ist zu begrüßen, daß die Verzichts- oder Vergleichsmöglichkeit der Gesellschaft nach geltendem Recht so stark beschränkt worden ist.

2) So Baumbach/Hueck, § 309, Rdnr. 8; vgl. auch Kropff, Begründung RegE, S. 405.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 302, Anm. 52.

dabei nach dem bei der Sonderbeschlußfassung vertretenen Kapital ¹⁾. Ist der Widerspruch formgemäß (zur Niederschrift) abgegeben worden, so bedarf es keiner Anfechtung, um die Sonderbeschlußfassung für den Verzicht oder den Vergleich zu vernichten ²⁾.

Treffen nicht alle dargelegten Voraussetzungen zusammen, kommt kein rechtswirksamer Verzicht oder Vergleich zustande. Ebenso nichtig ist ein Prozeßvergleich, der nicht § 309 Abs. 3 AktG entspricht ³⁾.

2. Rechtsfolgen

a) Wirkung gegenüber den Aktionären

Hat die Gesellschaft auf ihren Ersatzanspruch verzichtet oder sich über ihn verglichen, hat dies nicht nur für sie, sondern auch für alle Aktionäre Rechtsfolgen, nicht nur für die beim Sonderbeschluß Beteiligten. Mit dem Abschluß des Verzichts oder Vergleichs erlischt im ganzen oder zum Teil das Recht eines jeden Aktionärs, den Ersatzanspruch geltend zu machen.

Zu einem teilweisen Erlöschen des Anspruchs kommt es etwa dann, wenn der Sonderbeschluß den Verzicht ⁴⁾ nur zum Teil gedeckt hat, als auch, wenn der Widerspruch der Minderheit nur einen Teil des Beschlusses angreift.

1) Vgl. Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 61, ad hoc; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 53; abweichend v. Godin/Wilhelmi, § 302, Anm. 7.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 302, Anm. 53; Fischer, S. 114.

3) Fischer, S. 112; Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 62.

4) Eine teilweise Zustimmung für den Vergleich lehnt Fischer, S. 112 ab.

Unter Berücksichtigung von § 139 BGB bleibt der nicht angegriffene Teil wirksam ¹⁾.

Entscheidend für die Wirksamkeit des Verzichts oder Vergleichs ist der Zeitpunkt des Abschlusses und nicht der der eventuell vorausgehenden Verhandlungen, die auch innerhalb der Sperrfrist anfangen können. Die Zustimmung der Aktionäre darf jedoch nicht vorbehalten werden ²⁾. Der im Laufe der 3-Jahresfrist vereinbarte Verzicht oder Vergleich bleibt auch nach deren Ablauf ohne Wirkung, selbst wenn die Aktionäre nachträglich zustimmen. Der Verzicht oder Vergleich kann nur neu erfolgen. Hierzu bedarf er der anschließenden Zustimmung durch den Sonderbeschluß der Aktionäre.

b) Wirkung gegenüber den Gläubigern

Nach § 309 Abs. 4 S. 4 AktG wird die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft im Gegensatz zu der gegenüber den Aktionären nicht ausgeschlossen, wenn ein wirksamer, die Gesellschaft und ihre Aktionäre bindender Verzicht oder Vergleich zustande gekommen ist ³⁾. Das Klage-recht soll den Gläubigern erhalten bleiben, zumal sie es nur dann geltend machen dürfen, wenn von der Gesellschaft keine Befriedigung zu erlangen ist ⁴⁾.

1) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 61; a.A. Fischer, S. 114.

2) Zietz, S. 136; Fischer, S. 111.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 41.

4) Knoblau, S. 127; Zietz, S. 137.

II. Verjährung des Ersatzanspruches

Alle Schadensersatzansprüche nach § 309 bzw. 310 AktG wegen Pflichtverletzung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens oder der Verwaltungsmitglieder der beherrschten Aktiengesellschaft aus Erteilung und Ausführung der schädlichen Weisung verjähren in fünf Jahren. Da die Bestimmung des § 309 Abs. 5 AktG keinen besonderen Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn enthält, ist dies gemäß § 198 BGB die Entstehung des Anspruchs.

Nach § 198 S. 1 BGB entsteht der Anspruch grundsätzlich nicht bereits mit der Vornahme der pflichtwidrigen Handlungen, sondern mit dem Eintritt des Schadens, bzw. erst in dem Augenblick, in dem der Schuldner rechtlich auf ein Tun oder Unterlassen in Anspruch genommen werden kann ¹⁾.

Ogleich der Schaden eingetreten sein muß, braucht seine Höhe noch nicht festzustehen, denn es genügt, daß der Anspruchsberechtigte gegen die gesetzlichen Vertreter die Feststellungsklage erheben kann ²⁾.

Eine Verlängerung der Verjährungsfrist ist nach § 225 S. 1 BGB nicht möglich, da § 225 S. 1 BGB nicht dispositiv ist. Das gleiche gilt für eine Verkürzung, die zwar grundsätzlich zulässig wäre, im konkreten Fall jedoch gegen die zwingende Norm des § 309 Abs. 3 AktG verstoßen würde, denn sie liefe auf einen Erlaß oder Verzicht hinaus ³⁾.

1) RGZ 83, 354.

2) RG, JW 1932, 1648; RGZ 83, 356.

3) Fischer, S. 166.

Sowohl für die Unterbrechung als auch für die Hemmung der Verjährung gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 202 ff. BGB. Dabei stellt sich die Frage, ob eine Unterbrechung oder Hemmung zugunsten aller oder nur zugunsten des sie veranlassenden Gläubigers wirkt. Diesbezüglich ist zu differenzieren. Ist die abhängige Gesellschaft diejenige, die die Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung herbeigeführt hat, so kann dies von allen Berechtigten in Anspruch genommen werden. Eine Unterbrechungs- oder Hemmungshandlung, die von einem einzelnen Gläubiger vorgenommen wurde, wirkt dagegen nur für ihn und den Konkursverwalter, nicht auch für die Gesellschaft und die übrigen Gläubiger, die die Verjährungsfrist haben verstreichen lassen ¹⁾.

Liegt schließlich ein Fall von Anspruchskonkurrenz mit unterschiedlichen Verjährungsfristen vor, dann kann die längere zugunsten des Anspruchsberechtigten der kürzeren vorgehen. Sobald die aktienrechtliche Regelung nicht abschließend ist und vom Gesetz für dieselbe Handlung zwei Ansprüche mit verschiedenen Verjährungsfristen zur Verfügung gestellt werden, darf beim Ablauf nur der kürzeren Frist die Einrede der Verjährung dem Anspruch mit der längeren Verjährung nicht entgegengesetzt werden ²⁾.

D. Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens als solchen

Nach dem Wortlaut von § 309 AktG haften lediglich die gesetzlichen Vertreter, während das herrschende Unternehmen selbst als Verantwortungsträger nicht erwähnt wird. Der RegE hat die ursprüngliche Bestimmung des § 283 RefE völlig geändert, nach welcher eine Schadensersatzpflicht des

1) Baumbach/Hueck, § 93, Rdnr. 19; Mertens, in: Kölner Kommentar, § 93, Anm. 81, 82; Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 86; a.A. v. Godin/Wilhelmi, § 93, Anm. 31; Fischer, S. 164 - 166.

2) So Fischer, S. 164 m.w.N.

herrschenden Unternehmens bei Überschreitung der Weisungsschranken nicht eine solche seiner gesetzlichen Vertreter vorgesehen worden war ¹⁾. Die Begründung zum Regierungsentwurf sagt dazu folgendes: "Das herrschende Unternehmen haftet nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aufgrund des Vertrages; eine besondere aktienrechtliche Regelung ist daher nicht erforderlich" ²⁾. Demgegenüber wird das herrschende Unternehmen in die die entsprechende Verantwortung bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages regelnde Vorschrift des § 317 AktG ausdrücklich miteinbezogen.

Dennoch gibt es keine ernsten Bedenken, was die Inanspruchnahme der Konzernobergesellschaft anbelangt ³⁾. Die Diskussion beschränkt sich auf die Haftungsgrundlage (Organ- oder Vertragshaftung) ⁴⁾.

I. Rechtsgrundlage der Haftung

Die Meinung, nach der die Haftung des herrschenden Unternehmens auf einer organisatorischen Grundlage ⁵⁾ beruht, basiert auf folgenden Gedanken:

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 45; Beuthien, Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen für Leitungsmißbrauch, in: DB 1969, 1783, Fn. 20.

2) Kropff, Begründung RegE, § 309, S. 404 f.

3) Schneider, V., in: BB 1981, 249 ff. (256); Würdinger, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 331; Luchterhandt, S. 141; Mestmäcker, Systematik, in: FS für Kronstein, S. 135.

4) Zietz, S. 100 ff.

5) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 291, Anm. 6; Beuthien aaO., Mertens, in: AcP 168 (1968), 225; Bachelin, S. 56 ff.

Erstens: Der Beherrschungsvertrag ist kein gewöhnlicher Schuldvertrag, sondern ein kausalloser Organisationsvertrag. Er schafft für den anderen Vertragsteil eine vorstandsähnliche Stellung gegenüber der abhängigen AG ¹⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß im Fall der Verletzung eines Beherrschungsvertrags trotz dessen organisationsrechtlichen Charakters nicht die Anwendung schuldrechtlicher Grundsätze ausgeschlossen ist ²⁾.

Zweitens: Für eine Organhaftung spricht die ausdrückliche Erwähnung der Haftung des persönlichen Inhabers eines herrschenden Einzelunternehmens ³⁾. Diese gesetzliche Erwähnung ist aber eher als ein (unnötiger) Klarstellungsversuch des Gesetzgebers anzusehen ⁴⁾.

Drittens: Die Vertreter der Organhaftung berufen sich grundsätzlich auf § 31 BGB. Diese Vorschrift ist aber kein selbständiger Haftungsgrund. Sie setzt einen anderen Unrechtstatbestand in Form einer zu Schadensersatz verpflichtenden Handlung eines vertretungsberechtigten Organs voraus (§ 309 Abs. 2 AktG) ⁵⁾.

1) Beuthien aaO.; Knoblaue, S. 79.

2) Statt anderer Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 47 sowie Vetter, S. 131.

3) Mertens aaO., S. 228 f.

4) Vetter, S. 130, Fn. 96.

5) So Zietz, S. 104 f.

Nach richtiger Auffassung ¹⁾ liegt dagegen eine Vertragshaftung wegen positiver Vertragsverletzung vor. Erteilt das herrschende Unternehmen der abhängigen AG eine Weisung, die die Sorgfaltspflicht des Leitungsorganes verletzt, überschreitet es die Weisungsgrenze und macht sich selbst ersatzpflichtig nach dem Beherrschungsvertrag, aufgrund dessen es über das Weisungsrecht verfügt. Was die unerläßliche Voraussetzung dieser Haftung, nämlich das Verschulden betrifft, muß sich das herrschende Unternehmen das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter bzw. seiner Erfüllungsgehilfen ²⁾ nach § 278 BGB zurechnen lassen ³⁾. Falls das herrschende Unternehmen eine juristische Person ist, kommt überdies seine Haftung gemäß § 31 BGB nach der Organhaftung in Betracht, wobei diese mit der hier gemeinten Vertragshaftung nicht zu verwechseln ist.

Die weitere Frage, ob diese Vertragshaftung auch dann eingreifen kann, wenn es sich um Verletzungen von Schutzpflichten handelt, die nicht nur zugunsten der abhängigen AG selbst, sondern auch zugunsten ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger bestehen ⁴⁾, ist zu verneinen ⁵⁾. Diese Haftung beschränkt sich zwar nicht nur auf Verletzungen des § 308 AktG, sondern kann sich auch daraus ergeben, daß das herrschende Unternehmen seinen Verpflichtungen aus §§ 300 ff. AktG nicht nachkommt. Weil aber der Beherrschungsvertrag zwischen ihm und der seiner Leitung unterstehenden

1) Baumbach/Hueck, § 309, Rdnr. 1; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 47 f.; Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 309, Anm. 14 f.; v. Godin/Wilhelmi, § 309, Anm. 2; Vetter, S. 128 f.; Brachvogel, S. 126; Mutze, S. 254; Wilhelm, S. 113; Zietz, S. 106; a.A. Luchterhandt, S. 141.

2) a.A. Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 309, Anm. 6.

3) Baumbach/Hueck, § 309, Rdnr. 1; Vetter, S. 131.

4) Baumbach/Hueck aaO.

5) So Vetter aaO.

AG abgeschlossen worden ist, darf die Haftung nicht auf jede zugunsten der Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft bestehende Pflicht ausgedehnt werden.

Fraglich ist, ob § 254 BGB im Verhältnis der Haftung des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter zur Haftung gemäß § 310 AktG zum Tragen kommt ¹⁾.

Das System von Herrschaft und Verantwortung in §§ 308 - 310 AktG schließt bereits die Anwendung des § 254 BGB aus. Des weiteren muß man berücksichtigen ²⁾, daß nach dem Zweck des § 310 AktG die abhängige Gesellschaft davor geschützt werden soll, daß ihre Organe mit dem herrschenden Unternehmen gemeinsame Sache machen. Deshalb darf die Haftung der Organe der abhängigen AG nicht gemäß § 31 oder § 278 BGB auf diese selbst übergeleitet werden und vom herrschenden Unternehmen bzw. dessen gesetzlichen Vertretern gemäß § 254 BGB einem Schadensersatzanspruch entgegengehalten werden. Fraglich ist weiterhin das Verhältnis der Haftung des herrschenden Unternehmens zu der seiner gesetzlichen Vertreter. Bisweilen wird der Haftung der herrschenden Unternehmen im Verhältnis zu der Verantwortlichkeit seiner gesetzlichen Vertreter Priorität ³⁾ eingeräumt, andererseits wird die Ansicht vertreten, die Haftung der gesetzlichen Vertreter beseitige die des herrschenden Unternehmens ⁴⁾. Beide Ansichten sind nicht richtig, denn sie lassen den Zweck dieser auf einer doppelten Grundlage

1) Vetter, S. 129 f.; nach Fischers Ansicht "wird man dies grundsätzlich bejahen müssen", S. 71. Baumbach/Hueck nehmen die Anwendung des § 254 BGB hinsichtlich des Vorstands der abhängigen Gesellschaft für den Fall an, wo der Vorstand solchen Weisungen nachkommt, die beherrschungsvertraglich ausgeschlossen sind, § 309, Rdnr. 1.

2) Mertens, in: AcP 168 (1968), 232, Fn. 12.

3) v. Godin/Wilhelmi, § 309, Anm. 2 "primär"; vgl. auch Wilhelm, S. 119.

4) Vetter aaO.

beruhenden Haftung außer acht, nämlich die Verstärkung der Schutzmöglichkeit der beherrschten AG. Die gesetzlichen Vertreter werden nicht nur subsidiär in Anspruch genommen. Das entspricht der vom Gesetz durch ihre persönliche unmittelbare Haftung bezweckten Gewährleistung der Nichtüberschreitung der Weisungsgrenzen ¹⁾. Sie haften also mit dem von ihnen vertretenen Unternehmen gesamtschuldnerisch im Sinne von § 421 BGB ²⁾.

II. Berechtigung zur Geltendmachung des Anspruchs

Weiter stellt sich die Frage, wer zur Geltendmachung des Anspruchs gegen das herrschende Unternehmen auf Ersatz des Schadens berechtigt ist, der durch die Ausführung einer satzungswidrigen Weisung der abhängigen Gesellschaft zugefügt worden ist. Unabhängig davon, ob man von der Organ- oder der Vertragshaftung ausgeht, gelangt man zu der Feststellung, daß dieses Recht nicht nur der beherrschten AG zusteht und infolgedessen nur von ihrem Vorstand geltend gemacht werden kann. Hier sind die gesetzgeberischen Gedanken zu erwähnen, die Absatz 4 von § 309 AktG zugrundeliegen. Angesichts der Ähnlichkeit der Sachlage ist eine Analogie nicht nur durch die Gleichheit des Rechtsgrundes gerechtfertigt, sondern sie ist vielmehr auch aus teleologischen Erwägungen geboten. Es ist deshalb mit Recht

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 49.

2) So ausdrücklich Zietz, S. 125.

allgemein ¹⁾ anerkannt, daß sowohl die außenstehenden Aktionäre als auch die Gläubiger der AG im Rahmen einer entsprechenden Anwendung des § 309 Abs. 4 AktG den Schadensersatzanspruch gegen das herrschende Unternehmen geltend machen können ²⁾.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 309, Anm. 53; Vetter, S. 132; Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 309, Anm. 19.

2) Vgl. Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, S. 479; so auch Wilhelm, S. 114, der eine "entsprechende Anwendung" des § 309 Abs. 4 AktG mit Recht für "geboten" hält.

§ 7 VERANTWORTLICHKEIT DER VERWALTUNGSMITGLIEDER DER ABHÄNGIGEN GESELLSCHAFT

A. Haftende Personen

Das als Ausgleich zur Leitungsmacht dienende Verantwortungssystem wird im Bereich der vertraglichen Konzernverbindungen nicht nur durch die Haftung der zur Weisungserteilung Berechtigten ausgeschöpft. Da es nicht nur auf die Weisungserteilung, sondern auch auf die Weisungsverwirklichung ankommt, sind auch die die abhängige Gesellschaft leitenden Personen mitverantwortlich. So stellt § 310 AktG das haftungsrechtliche Korrelat des § 309 AktG dar. Während seitens der Muttergesellschaft nach § 309 AktG deren gesetzliche Vertreter und gegebenenfalls das herrschende Unternehmen als solches zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet sind, betrifft die entsprechende Haftung aus § 310 AktG die Verwaltungsmitglieder der Tochtergesellschaft. Dies sind einerseits ihre Vorstands- und andererseits ihre Aufsichtsratsmitglieder.

B. Systematische Bedeutung des § 310 AktG

Nach dem Wortlaut des § 310 AktG haften die Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft, falls ihr durch die Ausführung einer angeordneten Leitungsmaßnahme ein Schaden entstanden ist. Subjektive Tatbestandsvoraussetzung ist wie in §§ 93, 116 und 309 AktG die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Die Interpretation des § 310 AktG kann nur in Gegenüberstellung zu §§ 93, 116 bzw. 309 AktG erfolgen, um die Konturen seines Geltungsbereichs schärfer abzugrenzen. Es stellt sich die Frage nach der Eigenständigkeit dieser Haftungsregelung: Ist § 310 AktG eine selbständige Haftungsnorm oder setzt die Verantwortlichkeit nach § 310 AktG diejenige des § 309 AktG voraus? § 93 AktG ist im

Vergleich ¹⁾ zu § 310 AktG die allgemeine Haftungsvorschrift ²⁾. Wird die abhängige Gesellschaft durch eine Pflichtverletzung ihrer Vorstandsmitglieder bei der Durchführung einer Geschäftsführungsmaßnahme geschädigt, ohne daß eine Weisung des herrschenden Unternehmens zugrundeliegt, bestimmt sich deren Haftung nicht nach § 310 AktG, sondern nach §§ 93 bzw. 116 AktG ³⁾, denn bei Nichtvorliegen einer Weisung hat auch der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft diese nach § 76 AktG eigenverantwortlich zu leiten. Hat jedoch das herrschende Unternehmen eine Weisung erteilt, welche die Schranke des § 308 AktG überschreitet und führt sie der angewiesene Vorstand unter Nichtbeachtung seiner Prüfungs- und Folgepflicht aus, haftet der Vorstand nur nach § 310 AktG, nicht aber gemäß § 93 AktG. § 310 AktG verdrängt als *lex specialis*, sobald eine Weisungserteilung vorliegt, die allgemeinen Haftungsnormen. Deswegen liegt der Schluß nahe, daß es sich insofern um eine eigenständige Haftungsregelung handelt ⁴⁾.

Gegenüber § 309 AktG ist § 310 AktG dagegen keine völlig unabhängige Regelung. Die Formulierung des § 310 Abs. 1 AktG, nach der die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der Gesellschaft neben dem nach § 309 AktG Ersatzpflichtigen gesamtschuldnerisch haften, gibt im Gegenteil § 310 AktG den Charakter einer unselbständigen Haftungsnorm ⁵⁾. Dies bedeutet, daß die Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft regelmäßig mit derjenigen der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens einhergeht ⁶⁾. Andererseits ist es durchaus möglich,

1) Ausführlicher über das Verhältnis des § 310 zu § 93 AktG s. unten § 7, F.

2) So Pickardt, S. 47 m.w.N.

3) Knoblau, S. 98.

4) So auch Pickardt, S. 50; Fischer, S. 138.

5) Neuhaus, S. 99 m.w.N.

6) Knoblau, S. 97; Pickardt, S. 42.

daß eine Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens begründet ist, ohne daß der Vorstand, der die Weisung ausgeführt hat, entsprechend haftet. Das ist der Fall, wenn die erteilte Weisung zwar rechtmäßig, nicht aber auch sachgerecht für die abhängige Gesellschaft ist. Da der angewiesene Vorstand letzteres nicht prüfen darf, muß er die Weisung nach § 308 AktG durchführen, wobei das herrschende Unternehmen den durch die Sachwidrigkeit der Weisung entstandenen Schaden ausgleichen muß ¹⁾. Das gleiche gilt, wenn die erteilte Weisung nachteilig für die abhängige Gesellschaft ist. In diesem Fall besteht nach § 308 Abs. 1 S. 2 AktG kein Weigerungsrecht für den angewiesenen Vorstand, sobald nicht offensichtlich ist, daß dadurch den Belangen des Konzerns nicht gedient wird. Der durch diese Weisung eventuell entstandene Schaden bei der Tochtergesellschaft führt nicht zu einer Haftung ihrer Verwaltungsmitglieder, der Anwendung des § 309 AktG aber steht nichts im Wege ²⁾.

Schauß mißt § 310 AktG insofern eine selbständige Bedeutung bei, als daß eine Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens nach § 309 AktG dann nicht in Betracht kommt, wenn das mangelnde Konzerninteresse für den Vorstand der beherrschten Gesellschaft so offensichtlich ist, daß er die entsprechende Weisung nicht nach § 308 Abs. 2 AktG zu befolgen braucht ³⁾. Führt er diese Weisung dennoch aus, trägt er allein die Verantwortung für die Auswirkungen ⁴⁾. In dem Bereich zwischen konzernwidriger und offensichtlich konzernwidriger Weisung sind dagegen das herrschende Unternehmen und seine gesetzlichen Vertreter allein ersatzpflichtig.

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 2.

2) Würdinger, in: Großkommentar AktG, ebd.

3) Schauß, S. 116 und 131.

4) Schauß, S. 132.

Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Es ist nicht vertretbar, daß man die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens nur bei zwar sachwidrigen, aber zulässigen Weisungen haften läßt, eine Anwendung des § 309 AktG aber bei den offensichtlich nicht den Konzernbelangen dienenden und deswegen unzulässigen Weisungen ablehnt ¹⁾.

Eine besondere Möglichkeit des Auseinanderfallens der Haftung nach § 309 und § 310 AktG ergibt sich bei Vorliegen eines Haftungsausschließungsgrundes in der Person des weisenden gesetzlichen Vertreters der Muttergesellschaft. Ist er etwa geisteskrank und wird die erteilte Weisung ausgeführt, haftet er nicht für den dadurch bei der abhängigen Gesellschaft entstandenen Schaden. Da jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 310 AktG erfüllt sind, haften in diesem Fall ausschließlich die Verwaltungsmitglieder der Tochtergesellschaft ²⁾.

C. Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

I. Haftungsvoraussetzungen und Beweislastverteilung

Auch § 310 AktG stellt objektive und subjektive Tatbestandsvoraussetzungen für das Zustandekommen der Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder ähnlich wie § 309 AktG auf. Diese Haftungsvoraussetzungen sind kumulativ das Bestehen eines gültigen Beherrschungsvertrages, die Erteilung einer unzulässigen Weisung oder einer Weisung ohne Folgepflicht, die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die angewiesenen Vorstandsmitglieder und das

1) Vgl. auch Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 9.

2) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 310, Anm. 1; Neuhaus, S. 101.

Entstehen eines Vermögensschadens bei der abhängigen Gesellschaft, welches in kausalem Zusammenhang mit der durchgeführten Weisung stehen muß.

1. Konzernvertragliche Grundlage

Die Existenz eines nach §§ 291 ff. AktG rechtsgültig abgeschlossenen Beherrschungsvertrags als Tatbestandsvoraussetzung wird zwar in § 310 AktG nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber ohne weiteres durch die Bezugnahme auf die gesamtschuldnerische Haftung der Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft mit dem nach § 309 AktG Ersatzpflichtigen¹⁾. Ist dies nicht der Fall, dann liegt ein faktischer Konzern mit entsprechender Haftung gemäß § 318 AktG vor.

2. Unzulässige Weisung

Die Haftung nach § 310 AktG, die zum Teil dieselben Voraussetzungen wie diejenige des § 309 AktG aufweist, setzt die Erteilung und Realisierung einer Weisung voraus, durch welche der Schaden bei der abhängigen Gesellschaft entstanden ist. Während aber im Rahmen des § 309 AktG gegebenenfalls eine nur schädliche Weisung ausreicht, ist für die Verantwortlichkeit der Verwaltungsträger der beherrschten Gesellschaft zudem ihre Unzulässigkeit erforderlich²⁾. Eine unzulässige Weisung liegt vor, wenn sie rechts- bzw. sittenwidrig ist bzw. wenn sie die durch den Beherrschungsvertrag vereinbarten Schranken überschreitet³⁾.

1) Knoblau, S. 97; vgl. oben § 6, IV, 1.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 1.

3) Rumpff, S. 138 f.; Fischer, S. 138 f.

Eine eindeutige Gesetz- oder Vertragswidrigkeit dürfte jedoch ein Ausnahmefall sein. Meistens erteilt das herrschende Unternehmen Weisungen, deren Auswirkungen nur nachteilig für das Gesellschaftsinteresse sind. Diese hat der Vorstand gemäß § 308 Abs. 1 S. 2 AktG zu befolgen, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen. Die gegebenenfalls konträre Ansicht der angewiesenen Vorstandsmitglieder, was die Konzerndienlichkeit der Weisung betrifft, ist gemäß § 308 Abs. 2 S. 2 AktG nicht maßgebend für eine Nichtbefolgung. Ist die fehlende Konzerndienlichkeit nicht evident, darf der Vorstand die Ausführung nicht verweigern. Selbst wenn dadurch der Gesellschaft ein Schaden zugefügt wird, haftet er nicht nach § 310 AktG. Denn in § 310 Abs. 3 AktG wird in Anknüpfung an die Folgepflicht gemäß § 308 AktG angeordnet, daß die Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft von der Ersatzpflicht befreit werden, wenn die schädigende Handlung auf einer Weisung beruht, die nach § 308 Abs. 2 AktG zu befolgen war ¹⁾. So wird die Haftungseinschränkung der Verwaltungsträger der Gesellschaft nach § 310 Abs. 3 AktG mit den Grenzen des dem herrschenden Unternehmen zustehenden Weisungsrechts in Einklang gebracht ²⁾. Etwas anderes gilt, wenn die mangelnde Konzerndienlichkeit der angewiesenen Maßnahme offensichtlich ist. Da eine solche Weisung weder das herrschende Unternehmen erteilen noch die abhängige Gesellschaft verwirklichen durfte, haften sowohl die gesetzlichen Vertreter des ersteren als auch die Vorstandsmitglieder der Tochter gesamtschuldnerisch. Das gleiche gilt, wenn der Gesellschaft zwar eine nur nachteilige Weisung erteilt wurde, welche ihr Vorstand durchzuführen hatte, aber infolge mangelhafter Verwirklichung der bei

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 6; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 2; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 195; Knoblauch, S. 99; Neuhaus, S. 102.

2) Pickardt, S. 53.

der abhängigen Gesellschaft erwartete Schaden noch vermehrt wurde ¹⁾, denn auch in diesem Fall liegt eine beiderseitige Sorgfaltspflichtverletzung vor.

Prozeßrechtlich wird der Beweis für die Rechtswidrigkeit der Weisung demjenigen auferlegt, der den Schadensersatzanspruch geltend macht ²⁾. Die Beweisschwierigkeiten betreffen nicht nur grundsätzlich die Tatbestandsvoraussetzungen der Unzulässigkeit, sondern auch nicht selten das Vorliegen einer Weisung an sich, weil die Weisung formlos ist und oft als eine Empfehlung oder als ein Ratschlag erteilt wird, deren Befolgung erkennbar von dem Vorstand der Gesellschaft erwartet wird ³⁾. Das Interesse der abhängigen Gesellschaft und ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger an dem Beweis für das Vorliegen einer Weisung ist also von primärer Bedeutung, nicht nur in bezug auf die Verantwortung der nach § 309 AktG Haftenden, sondern auch hinsichtlich einer eventuellen Haftungsbefreiung nach § 310 Abs. 3 AktG ⁴⁾.

Wegen dieser Beweisschwierigkeiten und infolge der enormen Probleme, die für die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger bestehen, sich Einblick in die internen Konzernangelegenheiten zu verschaffen, sollte man hier, entsprechend der Ausführungen zur Haftung der gesetzlichen Vertreter ⁵⁾, von einer widerlegbaren Vermutung für die Erteilung einer Weisung ausgehen ⁶⁾.

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 2; Schaub, S. 133.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 15; Neuhaus, S. 106; Langen, Diss., S. 58.

3) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 6; vgl. auch oben § 3, D, III.

4) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, ebd.

5) Vgl. oben § 6, A, IV, 5.

6) Vgl. oben § 3, D, II.

Der Ansicht Bachelins ¹⁾ ist hier zuzustimmen. Danach wird gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 AktG eine einheitliche Leitung und damit eine Konzernzusammenfassung unwiderleglich vermutet. Entsprechend läßt sich vertreten, daß eine widerlegbare Vermutung dahingehend besteht, daß von dieser einheitlichen Leitung auch in dem zu untersuchenden Fall durch Weisungserteilung Gebrauch gemacht worden ist.

3. Vermögensschaden

Eine weitere Haftungsvoraussetzung ist das Entstehen eines Vermögensschadens. Man sollte unterscheiden, ob nur ein Beherrschungsvertrag zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft abgeschlossen worden ist, oder ob dieser Vertrag durch einen Gewinnabführungsvertrag begleitet wird, was in der Konzernpraxis auch am häufigsten geschieht. Im zweiten Fall, handelt die Untergesellschaft für fremde Rechnung, kann ihr nicht dadurch ein Schaden entstanden sein, daß der Jahresfehlbetrag aufgrund einer Weisung erhöht oder der Überschuß geschmälert wurde ²⁾. Sind folglich beide Arten von Verträgen abgeschlossen, dann kann man von einem Schaden der Untergesellschaft nur dann sprechen, wenn das herrschende Unternehmen entweder nicht in der Lage ist, den Jahresfehlbetrag auszugleichen, oder wenn die schädlichen Auswirkungen der Weisungsbefolgung über die Zeit der vertraglichen Verbindung der beteiligten Unternehmen hinauswirken ³⁾.

1) S. 62.

2) Neuhaus, S. 100.

3) Neuhaus, ebd.

Wird dagegen zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft nur ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen, dann ist die Entstehung eines Schadens durchaus möglich, denn in diesem Fall handelt die Tochtergesellschaft auf eigene Rechnung. Jede Gewinnschmälerung, die auf eine Weisung zurückzuführen ist, stellt einen realen Schaden der abhängigen Gesellschaft dar, welcher im Rahmen des § 310 AktG ersetzt verlangt werden kann ¹⁾.

Die Entstehung und das Ausmaß des Schadens hat gleichfalls derjenige zu beweisen, der den Schadensersatzanspruch geltend macht ²⁾.

4. Sorgfaltspflichtverletzung

Der Schuldmaßstab ist sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeit typisiert. Entscheidend ist, ob das Vorstandsmitglied die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters mißachtet hat ³⁾. Obwohl es keinen einheitlichen Geschäftsleitertyp gibt, und die spezifischen Gegebenheiten des Einzelfalls keineswegs außer acht gelassen werden dürfen ⁴⁾, gilt hierbei, daß der Vorstand nicht nur die erwerbswirtschaftlichen Interessen der Aktionäre und Gläubiger sowie das Wohl der Arbeitnehmer, die außerdem als eine besondere Gläubigergruppe gelten, zu berücksichtigen hat. Er kann sich überdies für sein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten nicht durch die Be-

1) Neuhaus, ebd.

2) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 15.

3) Fischer, S. 53 f. mit Bezug auf die Regelung des AktG 1937, im Rahmen dessen das gleiche galt.

4) Vgl. auch oben § 6, A, IV, 4.

haftung exkulpieren, ihm fehlten die notwendigen Fähigkeiten oder seine Unfähigkeit sei nachträglich aufgetreten, denn in solchen Fällen dürfte er das Vorstandsamt nicht annehmen bzw. müßte es niederlegen ¹⁾.

Eine besondere Art von Weisungen, bei denen die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung auftaucht, stellen diejenigen dar, die auf ein Risikogeschäft abzielen. Auch wenn das angewiesene Vorstandsmitglied weiß, daß die Durchführung der erteilten Weisungen mit einem Risikofaktor verbunden ist, darf er deshalb nicht zur Verantwortung gezogen werden, weil er die riskante Weisung befolgt hat, sofern das Risiko nicht höher ist, als dies auch sonst bei der Durchführung von Leitungsaufgaben üblich ist. Die Haftung des Vorstands ist keine Erfolgshaftung. Würde man vom Gegenteil ausgehen, wäre seine unternehmerische Entscheidungsfreiheit übermäßig eingeengt, weil er jede Leitungsmaßnahme, welche mit einem Risiko verbunden ist, möglichst meiden müßte.

Da die Verwaltungsträger der abhängigen Gesellschaft oftmals bei Verwirklichung rechtswidriger Weisungen haften, fragt sich weiter, ob ihre Behauptung, sie hätten in Unkenntnis der Rechtslage gehandelt, exkulpierend wirkt. Grundsätzlich ist diese Frage zu verneinen, denn es gehört zu der notwendigen Qualifikation eines Vorstandsmitgliedes, das geltende Recht zu kennen bzw. in Rechtskenntnis zu handeln. Nur ausnahmsweise bzw. falls die Situation ein sofortiges Handeln unumgänglich gemacht hat, so daß der Vorstand tatsächlich keine Zeit hatte, eine rechtskundige Beratung einzuholen, kann die Rechtsunkenntnis entschuldbar sein ²⁾.

1) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 29; Fischer, S. 54.

2) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 29 und Fischer, S. 57.

§ 310 Abs. 1 S. 2 AktG entspricht dem Prinzip der Beweislastumkehr für den Nachweis der Sorgfaltspflichtverletzung der Verwaltungsmitglieder der Aktiengesellschaft. Ist demnach streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beachtet haben, so trifft sie die Beweislast. Das pflichtwidrige Verhalten der Vorstandsmitglieder wird vermutet ¹⁾. Um sich zu entlasten, genügt es nicht, daß das Vorstandsmitglied das Nichtvorliegen einer subjektiven Pflichtwidrigkeit beweist, d.h. daß es weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat, sondern es muß auch die Möglichkeit einer objektiven Pflichtwidrigkeit widerlegen, indem es nachweist, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beachtet zu haben.

5. Kausalzusammenhang

Die Anspruchsberechtigten haben jedoch nur einen Schadensersatzanspruch, wenn bewiesen werden kann, daß der der abhängigen Gesellschaft entstandene Schaden in ursächlichem Zusammenhang ²⁾ mit dem Verhalten des angewiesenen Vorstands steht. Die Kausalität ist bereits dann gegeben, wenn die Möglichkeit naheliegt, daß ein Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem Verhalten des Vorstands besteht ³⁾.

Der Schaden muß durch die Erteilung einer Weisung entstanden sein ⁴⁾. Auch in diesem Punkt könnte der Vorschlag Bachelins für eine widerlegbare Vermutung in Betracht gezogen werden, so daß nicht mehr die Anspruchs-

1) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 310, Anm. 2; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 3; Brachvogel, S. 123, Beuthien, JuS 1970, 53 f., 55.

2) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93, Anm. 33.

3) Fischer, S. 60.

4) Knoblaue, S. 85.

berechtigten diesen Beweis erbringen müssen, sondern die nach § 310 AktG Anspruchsverpflichteten die Kausalitätsvermutung widerlegen müßten ¹⁾.

Mit der Kausalität hängt außerdem die Frage des zu ersetzenden Schadens zusammen, weil die Anspruchsverpflichteten nicht nur den unmittelbaren, sondern auch den mittelbaren Schaden der Gesellschaft zu ersetzen haben. Der mittelbare Schaden ergibt sich nicht selten erst lange nach der Erfüllung des Haftungstatbestandes und sein Ausmaß läßt sich oft nicht genau im voraus feststellen. In diesem Fall soll die Schadensersatzpflicht dort ihre Grenze haben, wo der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der unzulässigen Weisung und dem entstandenen Schaden nicht mehr vorhanden ist ²⁾.

II. Keine Entlastung durch Billigung der anderen Organe

1. Zustimmung des Aufsichtsrats

Ausdrücklich wird in § 310 Abs. 2 AktG bestimmt, daß eine eventuelle Billigung des Verhaltens der Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft erstere von ihrer Haftung wegen Befolgung der schädlichen Weisung, die sie hätten zurückweisen müssen, nicht befreit. Diese nicht entlastende Mitwirkung des Aufsichtsrates ³⁾ muß im Zusammenhang mit dem § 111 Abs. 4 S. 2 AktG gesehen werden, wonach bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen, wenn es von der Satzung oder vom Aufsichtsrat bestimmt wird. Selbst wenn die ergangene Weisung die Durchführung

1) Vgl. Bachelin, S. 62; ebenfalls oben § 6, A, IV, 5.

2) So Fischer, S. 62.

3) Zietz, S. 119.

eines zustimmungspflichtigen Geschäfts anordnet und der Aufsichtsrat seine Billigung dafür erteilt hat, wirkt sie für die Vorstandsmitglieder nicht exkulpierend ¹⁾.

Die Bedeutung dieser gesetzlichen Regelung leuchtet ein, wenn man berücksichtigt, daß die Aktienmehrheit, über die das herrschende Unternehmen bei der abhängigen Gesellschaft regelmäßig verfügt, ihm meistens erlaubt, den Aufsichtsrat dieser Gesellschaft mit seinen Vertrauensleuten zu besetzen. Folglich darf es nicht in dessen Macht stehen ²⁾, die für den Vorstand geltende Haftungsregelung unwirksam zu machen. Es liegt zwar nahe, daß sich der Aufsichtsrat durch eine solche rechtswidrige Billigung gemäß §§ 111, 116 AktG selbst ersatzpflichtig machen würde. Dies betrifft jedoch seine eigene Haftung ³⁾.

Dementsprechend kann der Meinung nicht gefolgt werden, nach der die Zustimmung des Aufsichtsrates im Einzelfall als ein Beweisanzeichen dafür betrachtet werden könnte, daß der Vorstand bei der Vornahme des Geschäfts nicht gegen die der Verwaltung obliegende Sorgfaltspflicht verstoßen hat ⁴⁾. Ob ein Sorgfaltspflichtverstoß vorliegt oder nicht, muß selbständig beurteilt werden, und darf nicht mittelbar von der Zustimmung eines Gesellschaftsorganes abhängig gemacht werden, welches nicht unabhängig von dem herrschenden Unternehmen ist.

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 10.

2) Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 310, Anm. 6; Semler, S. 118; Beuthien, JuS 1970, 53 f.

3) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 4; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar aaO.; vgl. unten § 7, D.

4) Neuhaus, S. 108.

2. Beschluß der Hauptversammlung

Der Gesetzgeber hat in § 310 AktG eine Haftungsbefreiungsregelung für die Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung nicht vorgesehen. Anders als in §§ 93 Abs. 4 S. 1, 117 Abs. 2 S. 3 und 318 Abs. 3 AktG, in denen die Möglichkeit einer Haftungsfreistellung des Vorstands durch gesetzmäßige Beschlüsse der Hauptversammlung ausdrücklich vorgesehen wird, hat das Gesetz in § 310 AktG von einer entsprechenden Norm abgesehen ¹⁾. Die Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft könnten nicht durch einen exkulpierenden Hauptversammlungsbeschluß von der Verantwortung befreit werden.

Da die Muttergesellschaft durch ihre Aktienmehrheit die Hauptversammlung der Tochtergesellschaft beherrscht und diese nicht mehr Hüterin des Gesellschaftsinteresses, sondern von der Obergesellschaft ²⁾ abhängig ist, könnte andernfalls das herrschende Unternehmen die Verwaltungsmitglieder der Tochter exkulpieren und auf diese Weise den § 310 AktG seiner Präventivwirkung berauben ³⁾.

Aus diesen Erwägungen und aufgrund der Tatsache, daß der Gesetzgeber die Fälle, wo er infolge der Hauptversammlungsentscheidung eine entlastende Wirkung hinsichtlich der Verantwortung der Verwaltungsmitglieder

1) Baumbach/Hueck, § 310, Rdnr. 6; Rumpff, S. 135.

2) So Brachvogel, S. 125.

3) So Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 310, Anm. 7; ähnlich Baumbach/Hueck, § 310, Rdnr. 6; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 11; v. Godin/Wilhelmi, § 310, Anm. 2; a.A. Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 3.

der Aktiengesellschaft für angebracht hält, gesetzlich geregelt hat, ist im Wege des *argumentum e contrario* ¹⁾ zu entnehmen, daß eine solche Haftungsbefreiung im Rahmen des § 310 AktG nicht eingreifen kann.

Da § 310 AktG *lex specialis* gegenüber § 93 AktG ist, und letzterer statt § 310 AktG nur ausnahmsweise angewandt wird, kommt folglich eine (analoge) Anwendung des § 93 Abs. 4 S. 1 AktG in diesem Fall nicht in Betracht.

Canaris ²⁾ hält in diesem Punkt aus teleologischen Gesichtspunkten § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG für anwendbar. Nach seiner Ansicht spricht die *ratio legis* des § 93 Abs. 4 Satz 1 für seine Übertragbarkeit bei konzernverbundenen Unternehmen, denn er ist neben den §§ 117 Abs. 2 Satz 3 und 318 Abs. 3 AktG als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens durchaus analogiefähig und daher im Rahmen von § 310 AktG anwendbar. Canaris zieht die Haftungsfreistellung nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG insbesondere auch dann in Betracht, wenn es durch den Beschluß der Hauptversammlung zu einer Maßnahme kommt, für die das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens nicht ausreicht, wie z.B. im Rahmen des § 299 AktG, unter dem Vorbehalt, daß weder die Voraussetzungen einer Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses nach § 243 Abs. 2 AktG noch ein Verstoß gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB vorliegen.

D. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

Aus dem Wortlaut des § 310 AktG, in dem die Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder und damit nicht nur die des Vorstands der abhängigen Gesellschaft geregelt wird, ergibt sich, daß neben dem Vorstand auch der

1) So Rumpff aaO. und Knoblau, S. 103 mit Kritik an der Formulierung des Gesetzeswortlauts (Fn. 1).

2) ZGR 1978, 207.

Aufsichtsrat dieser Gesellschaft mithaftet ¹⁾. Dies steht nicht in Widerspruch zu § 308 AktG, nach dem die Aufsichtsratsmitglieder keine Weisungsempfänger sein können ²⁾, denn ihre Haftung beruht nicht auf der Befolgung einer Weisung, sondern sie resultiert aus der mangelhaften Ausübung der Überwachungspflicht, was das Verhalten des Vorstands, der die unzulässige Weisung erhalten und durchgeführt hat, betrifft ³⁾. Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates ⁴⁾ der Untergesellschaft bleibt in vollem Umfang erhalten, selbst wenn das herrschende Unternehmen einen eigenen Aufsichtsrat hat, der die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands bei der Tochtergesellschaft mit zu überwachen hat. Das Vorhandensein eines Aufsichtsrates beim herrschenden Konzernunternehmen macht weder eine sog. "doppelte" Überwachung der bereits vom herrschenden Unternehmen überwachten Maßnahmen und Geschäfte bei der Tochtergesellschaft überflüssig ⁵⁾ noch wird dadurch die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates der abhängigen Gesellschaft in irgendeiner Weise verringert. Der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft hat immer festzustellen, was auf dem Gebiet der originären unternehmerischen Führungsfunktionen geschieht, gleichgültig, ob sie aus eigenständiger Willensbildung des Vorstands oder aufgrund Fremdbestimmung ausgeführt werden ⁶⁾. Seine Überwachungspflicht wird außerdem nicht dadurch relativiert, daß Mitglieder des Leitungsorgans des herrschenden Unternehmens zugleich Mitglieder des Aufsichtsrates der abhängigen Gesell-

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 19; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 4.

2) Rowedder, in: Festschrift für K. Duden, S. 501, 509; vgl. auch oben § 3, H. II, 2.

3) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 4; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 20; Pickardt, S. 38; Rumpff, S. 122; Zietz, S. 121.

4) Semler, S. 20, 150, 178 und passim.

5) So Semler, S. 186.

6) Semler, S. 187.

schaft sind, denn das Gesetz erkennt als Handlungsmaxime auch dieser Aufsichtsratsmitglieder trotz ihrer Doppelfunktion nur die Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse des beherrschten Unternehmens an.

Inhalt der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates auch der konzernabhängigen Gesellschaften verbleibt folglich die Wahrnehmung der originären Führungsfunktionen, d.h. Unternehmensplanung, Unternehmenskoordination und Unternehmenskontrolle. Er hat jedes vom Vorstand abgeschlossene Geschäft, bzw. jede von ihm getroffene Maßnahme auf ihre Ordnungsmäßigkeit, Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit hin zu prüfen. Unterläßt der Aufsichtsrat diese elementare Aufgabe und wird durch Verwirklichung einer unzulässigen Weisung der Gesellschaft ein Schaden zugefügt, hat er seine Sorgfaltspflicht dadurch verletzt und er haftet nach § 310 AktG mit ¹⁾.

Ein anderer Aspekt der Haftung des Aufsichtsrates hat mit seiner Kontrollfunktion im Rahmen der nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zustimmungspflichtigen Geschäfte zu tun. Wird dem Vorstand des herrschenden Unternehmens eine Weisung erteilt, deren Inhalt die Ausführung einer Maßnahme ist, welche nach der Satzung oder nach der Geschäftsordnung nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden darf, so hat er die Rechtmäßigkeit bzw. die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit dieser Weisung zu untersuchen. Liegt eine Weisung vor, die die Schranken des Weisungsrechts nach § 308 AktG überschreitet, hat er seine Zustimmung zu verweigern. Erteilt er dennoch seine Zustimmung zu einer Weisung, die offensichtlich den Konzernbelangen nicht dient, oder die aus anderen Gründen unzulässig ist, verletzt er

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 20 betrachtet eine solche Verletzung der Überwachungspflicht durch den Aufsichtsrat als Ausnahmefall.

seine Sorgfaltspflicht seiner Gesellschaft gegenüber und wird nach § 310 AktG mit zur Verantwortung gezogen, sobald für die Gesellschaft aufgrund der Befolgung dieser Weisung ein Schaden entstanden ist ¹⁾.

Der Ansicht Rowedders, daß die Verweigerung der Zustimmung des Aufsichtsrates kaum dazu führen würde, daß das herrschende Unternehmen von seiner Weisung abläßt, und es deswegen sachgerechter (weil dem Wesen der Leitungsmacht entsprechender) gewesen wäre, zu bestimmen, daß die Rechte des Aufsichtsrates gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG für die Dauer des Beherrschungsvertrages ruhen ²⁾, kann nicht gefolgt werden. Das herrschende Unternehmen hat die rechtliche Möglichkeit, gemäß § 308 Abs. 3 S. 2 AktG die Folgen der fehlenden Zustimmung des Aufsichtsrates der beherrschten Gesellschaft durch eine erneute Weisung aufzuheben. Hat das herrschende Unternehmen selbst einen Aufsichtsrat, dann darf die erneute Weisung nur mit dessen Zustimmung erteilt werden. Dadurch wird dem Vorstand des herrschenden Unternehmens die Möglichkeit eingeräumt, die Vornahme des nachteiligen Geschäfts durch die Tochtergesellschaft trotz Verweigerung der an und für sich nötigen Zustimmung ihres Aufsichtsrates bindend zu verlangen ³⁾.

Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder hat schließlich im Rahmen des § 310 AktG dort ihre Grenzen, wo auch die entsprechende Verantwortung des Vorstands aufhört. Die haftungsbefreiende Norm des § 310 Abs. 3 AktG ist ebenfalls für den Aufsichtsrat anwendbar. Eine Ersatzpflicht besteht auch für die Aufsichtsratsmitglieder dann nicht, wenn die schädigende Handlung auf

1) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 19; Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 4.

2) Rowedder, in: Festschrift für K. Duden, S. 501, 506.

3) So Semler, S. 182 und 193.

einer Weisung beruht, welche nach § 308 Abs. 2 AktG zu befolgen war, bzw. wenn die Aufsichtsratsmitglieder nachweisen können, daß sie schuldlos angenommen haben, die pflichtwidrige Weisung müsse befolgt werden ¹⁾.

Die bisher angesprochenen Fragen setzen eine Weisungserteilung voraus. Bewegt sich dagegen der Vorstand einer konzernabhängigen Aktiengesellschaft im weisungsfreien Raum, bestimmt sich die Haftung des Aufsichtsrats nicht nach § 310 AktG, sondern nach §§ 111 bzw. 116 AktG ²⁾.

E. Gesamtschuldnerische Haftung

Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates haften nach § 310 Abs. 1 AktG neben dem nach § 309 AktG Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner. Die Verantwortlichkeit nach § 309 AktG hat ebenfalls gesamtschuldnerischen Charakter ³⁾. Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens sowie das herrschende Unternehmen selbst haften gemäß § 421 BGB als Gesamtschuldner. Dieses Gesamtschuldverhältnis wird durch § 310 AktG ausgeweitet, so daß von den Anspruchsberechtigten neben dem herrschenden Unternehmen und dessen gesetzlichen Vertretern zusätzlich die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates in Anspruch genommen werden können ⁴⁾.

1) Knoblau, S. 101 und ihm folgend Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 310, Anm. 19.

2) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 4.

3) Vgl. oben § 6, D, I.

4) Fischer, S. 140.

Während jeder der Ersatzpflichtigen im Außenverhältnis nach § 421 BGB für den gesamten Schaden ¹⁾ in Anspruch genommen werden kann, haften sie untereinander im Innenverhältnis entsprechend § 254 BGB, so daß es zu einer unterschiedlich abgestuften Ausgleichspflicht nach dem Grad der Verursachung und des Verschuldens kommt ²⁾.

Die von Schauß ³⁾ geäußerte Besorgnis, das herrschende Unternehmen könnte durch eine im Innenverhältnis den Verwaltungsmitgliedern der abhängigen Gesellschaft gewährte Haftungsbefreiung auch außerhalb des Konzerninteresses liegende Geschäftsmaßnahmen ohne Schwierigkeiten durchsetzen, mag begründet sein. Allein diese Sorge kann nicht zu einer Auslegung führen, die den beschränkten Raum ⁴⁾ der gesamtschuldnerischen Haftung weiter einengen würde, indem die nach § 310 AktG Anspruchsverpflichteten ohne eine parallele Mithaftung der nach § 309 AktG Ersatzpflichtigen haften, wenn durch die erteilte Weisung den Belangen des herrschenden oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen offensichtlich nicht gedient wird ⁵⁾.

F. Das Verhältnis von § 310 AktG zu § 93 AktG

Geht man davon aus, daß sich die objektiven und subjektiven Haftungsvoraussetzungen des § 93 AktG mit denjenigen des § 310 AktG grundsätzlich decken, folgt daraus, daß seine eigentliche Bedeutung nicht im Tatbestand-

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 3.

2) Baumbach/Hueck, § 310, Rdnr. 3.

3) S. 133.

4) Rumpff, S. 134.

5) Schauß, S. 131; richtig dagegen Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 2.

lichen zu suchen ist ¹⁾. Aus diesem Grund taucht aber die Frage nach dem normativen Sinn dieser Vorschrift auf.

Wie schon dargelegt wurde ²⁾, weisen §§ 93 bzw. 116 AktG im Verhältnis zu § 310 AktG den Charakter allgemeiner Haftungsvorschriften auf. Nach herrschender Meinung ist § 310 AktG *lex specialis* ³⁾, der nur in Ausnahmefällen die Anwendung der §§ 93 und 116 AktG nicht zu verdrängen vermag, sobald eine Weisungserteilung des herrschenden Unternehmens vorliegt. Die besondere Bedeutung des § 310 AktG liegt darin, daß er einerseits die gesamtschuldnerische Haftung zwischen den Verwaltungsmitgliedern der abhängigen Gesellschaft und den gesetzlichen Vertretern des herrschenden Unternehmens anordnet, und andererseits § 309 Abs. 3 - 5 AktG für entsprechend anwendbar erklärt, so daß jedem einzelnen Aktionär gestattet wird, die Ersatzansprüche gegen die Verwaltungsmitglieder der beherrschten Gesellschaft geltend zu machen ⁴⁾.

Die Haftung des Vorstands der Untergesellschaft aufgrund des § 93 AktG bleibt nicht nur dann unberührt, wenn das herrschende Unternehmen keine Weisung erteilt hat, sondern auch, wenn deren Vorstand einer rechtmäßigen Weisung keine Folge geleistet hat, und dadurch die Gesellschaft einen Schaden erleidet ⁵⁾. Ferner beruht die Verantwortlichkeit des angewiesenen Vorstands ebenfalls nur auf § 93 AktG, wenn die erteilte Weisung rechtmäßig und sachgemäß ist, der Schaden der Gesellschaft aber dadurch entstanden

1) Neuhaus, S. 111.

2) Vgl. oben § 7, B.

3) Vgl. u.a. Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 2; Neuhaus, S. 111; Schauß, S. 134; Rumpff, S. 133; a.A. Canaris, ZGR 1978, 207, 213.

4) Beuthien, JuS 1970, 53, 56; Schauß, S. 130.

5) Beuthien aaO.; Pickardt, S. 153.

ist, daß ihr Vorstand diese Weisung mangelhaft ausgeführt hat ¹⁾. Außerdem ist eine Haftung nach § 93 AktG nicht auszuschließen, wenn der Vorstand seine Pflicht verletzt hat, eine Weisung auf ihre für die Aktiengesellschaft schädigenden Folgen zu untersuchen und das herrschende Unternehmen rechtzeitig davor zu warnen.

Die Verpflichtung gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, über vertrauliche Angaben oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren, trifft auch den Vorstand einer abhängigen Gesellschaft. Berücksichtigt man jedoch die besondere Lage, die sich infolge eines Beherrschungsvertrages für die Tochtergesellschaft ergibt, ist diese Verpflichtung des Vorstands gegenüber dem herrschenden Unternehmen eingeschränkt ²⁾, soweit Auskunfts- und Informationsaustausch für die Belange des Gesamtkonzerns unentbehrlich erscheinen. Zudem hat der Vorstand Stillschweigen auch über vertrauliche Angaben und Geheimnisse des herrschenden Unternehmens zu bewahren, die er aufgrund der Verbundenheit der Unternehmen ³⁾ erfahren hat.

Es bleibt also festzuhalten, daß § 310 AktG als *lex specialis* die Anwendung der allgemeinen Haftungsvorschrift des § 93 AktG nicht stets ausschließt. Ebenso wenig wie die dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG obliegende Geschäftsführungspflicht durch § 308 AktG völlig außer Kraft gesetzt wird, wird die in § 93 AktG enthaltene Regelung der Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder durch § 310 AktG ersetzt. Sie wird lediglich modifiziert ⁴⁾.

1) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 2; Beuthien aaO.; Pickardt aaO.

2) Pickardt, S. 44.

3) Würdinger, in: Großkommentar AktG, § 310, Anm. 1.

4) So Würdinger aaO.

G. Geltendmachung, Vergleich, Verzicht und Verjährung

§ 310 Abs. 4 AktG verweist bezüglich der Geltendmachung der Ersatzansprüche auf § 309 Abs. 3 - 5 AktG. Insofern gilt entsprechend das in § 6 D und C Dargelegte. Für die Wirksamkeit des Verzichtes und des Vergleichs bedarf es der Zustimmung der außenstehenden Aktionäre durch einen Sonderbeschluß. Eine Minderheit, deren Anteil 10 % des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreicht, kann jedoch durch zur Niederschrift erklärten Widerspruch den Verzicht oder den Vergleich blockieren.

Hinsichtlich der im einzelnen für die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger bestehenden Beweisschwierigkeiten erweist sich die Wirksamkeit von § 310 AktG als unzulänglich ¹⁾.

1) Brachvogel, S. 126.

§ 8 ZUSAMMENFASSUNG

Die Bildung des aktienrechtlichen Vertragskonzerns i.e.S. erfolgt durch Abschluß eines Beherrschungsvertrages, aufgrund dessen in die organisatorische Zuständigkeitsregelung der abhängigen Aktiengesellschaft derart eingegriffen wird, daß für die Dauer des Vertragsverhältnisses ihr körperschaftlicher Status in schwerwiegender Weise umgestaltet wird. Dabei wird in erster Linie der Grundsatz der selbständigen Leitung der Gesellschaft durch den eigenen Vorstand durchbrochen. Die meist gleichzeitig bestehende Übermacht des herrschenden Unternehmens als Großaktionär gewährt diesem zudem die Möglichkeit, sowohl im Aufsichtsrat als auch in der Hauptversammlung tonangebend zu sein. Aus dieser Perspektive sind die relativ strikten Abschlußvoraussetzungen des Gesetzes zu erklären, die der privaten autonomen Vertragsgestaltung nur einen schmalen Raum gewähren.

Den sich daraus ergebenden Verschiebungen der Interessen und des Entscheidungszentrums ist dadurch zu begegnen, daß man die Weisung als ausschließlich zulässiges Leitungsmittel anerkennt und den Bereich, in dem Weisungen zulässig sind, möglichst straff umreißt. Adressat der Weisung kann nur der Vorstand der Gesellschaft sein. Eine Delegation sowohl des Weisungserteilungsrechts als auch der Weisungsempfangsbefugnis ist grundsätzlich ausgeschlossen.

Das herrschende Unternehmen darf zwar nachteilige Weisungen an die abhängige Gesellschaft bis zur Grenze der offensichtlich fehlenden Konzerndienlichkeit erteilen, der angewiesene Vorstand muß jedoch bei jeder Weisung sorgfältig deren Vereinbarkeit mit den allgemeinen gesetzlichen und aktienrechtlichen Vorschriften und den Satzungsbestimmungen seiner Gesellschaft prüfen. Dabei ist regelmäßig eine Abwägung zwischen Gesellschafts- und Konzerninteresse erforderlich. Maßstab sowohl für die Weisungserteilung als auch für die Folgepflicht des Vorstands der beherrschten

Gesellschaft ist das Konzerninteresse, das nicht notwendig deckungsgleich mit dem Interesse des herrschenden Unternehmens ist. Das Konzerinteresse ist als übergeordnetes Interesse das Resultat eines Ausgleichs zwischen den disponiblen Interessen aller für den ganzen Konzern wesentlichen Faktoren. Die Pflicht des Vorstands, im Rahmen des Konzerninteresses auch nachteilige Weisungen zu befolgen, entfällt, wenn dadurch die beherrschte Gesellschaft in ihrer Existenz bedroht wird.

Ergibt sich, daß eine Weisung des herrschenden Unternehmens unzulässig ist, hat der Vorstand der beherrschten Gesellschaft das Recht und die Pflicht, ihre Befolgung zu verweigern.

Verletzen die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens ihre Sorgfaltspflicht bei der Weisungserteilung und entsteht der abhängigen Gesellschaft durch Befolgen der Weisung ein Schaden, können sie von dieser, ihren Aktionären oder Gläubigern auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Mit ihnen haften solidarisch sowohl das herrschende Unternehmen selbst als auch gegebenenfalls die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der beherrschten Gesellschaft.

Die Haftungsregelung für den Vertragskonzern ist praktisch nur bedingt funktionsfähig. Gründe dafür sind sowohl das hohe Prozeßrisiko als auch der meist fehlende Einblick außenstehender Aktionäre und Gläubiger in die internen Angelegenheiten des Konzerns. Letzterem kann bereits *de lege lata* wenigstens teilweise im Interesse eines ausgewogenen Minderheitenschutzes durch eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen und die Ursächlichkeit einer Weisungserteilung begegnet werden.

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Anwaltsverein | Stellungnahme des Handelsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes, 1.2.1962 |
| Arndt, Helmut | Die Konzentration in der Wirtschaft. Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge, Bd. 20 (3 Bände), Berlin 1960 |
| Bachelin, Herwig | Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Heft 19, Köln 1969 |
| Ballerstedt, Kurt | Vertragsfreiheit und Konzentration, Rechtsprobleme einer Begründung und Bildung von Marktmacht, in: H. Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 20 I n.F., Berlin 1971, S. 537ff. |
| - | Gesellschafts- und unternehmensrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: H. Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 20 I n.F., Berlin 1971, S. 603ff. |
| - | Schranken und Weisungsbefugnis aufgrund eines Beherrschungsvertrages, ZHR Bd. 137 (1973), S. 388 |
| Baumbach, Adolf/
Hueck, Alfred | Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968 |
| Baumgartl, Michael | Die konzernbeherrschte Personengesellschaft, Köln 1986 |

Begründung	zum Regierungsentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucks. VI (1971)
Beuthien, Volker	Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen für Leitungsmachtmißbrauch, DB 1969, S. 1781ff.
-	Unternehmenskonzentration und Kleinaktionärsschutz, JuS 1970, S. 53ff.
Biedenkopf, Kurt	Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: FS für F. Böhm 1965, S. 113ff.
-	siehe Kölner Kommentar
Brachvogel, Gerrit	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, Diss. München 1967
Brauksiepe, Jochen	Der "außenstehende Aktionär" bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, BB 1966, S. 144ff.
-	Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts, BB 1966, S. 869
Canaris, Claus-Wilhelm	Hauptversammlungsbeschlüsse und Haftung der Verwaltungsmitglieder im Vertragskonzern, in: ZGR 1978, FS für H. Würdinger, S. 207
Clemm, Hermann	Die Grenzen der Weisungsfolgepflicht des Vorstands der beherrschten AG bei bestehendem Beherrschungsvertrag, ZHR Bd. 141 (1977), S. 197

- Deutscher Juristentag Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, zugleich Stellungnahme zu den Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen im Entwurf 1960/ 62 eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz mit Hinweisen auf das Aktiengesetz 1965, Tübingen 1967
zit.: DJT-Konzernrecht
- Dierdorf, Joseph Herrschaft und Abhängigkeit einer AG auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage, Köln 1978
- Dreger, Karl-Martin Probleme des Gläubigerschutzes im Konzern, Diss. Mannheim 1966
- Duden, Konrad Aktienrechtliche Fragen zur "Organschaft" mit einem Großaktionär, BB 1957, S. 49
- Emmerich, Volker Fusionskontrolle und überragende Marktstellung unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmenskonzentration bei der öffentlichen Hand, in: 2. FS für F. Böhm, 1975, S. 119ff.
- Emmerich, Volker/
Sonnenschein, Jürgen Konzernrecht, 2. Aufl., München 1978
- Erlinghagen, P. Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlußklausel im Aktienrecht, Marburg 1960
- Esser, Josef/
Schmidt, Eike Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1984
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 7. neubearb. Aufl., Berlin, New York 1985
- Fischer, Florian Haftung der Verwaltung der AG im Subordinationskonzern, Diss. Würzburg 1968

- Flume, Werner Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht. Zivilrechtlich-handelsrechtliche und steuerrechtliche Betrachtungen zur Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, in: DB 1956, S. 455ff.
- Geßler/Hefermehl/
Eckardt/Kropff Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno: Aktiengesetz, 1. Lfg., München 1973 und 6. Lfg., München 1976
- Geßler, Ernst Das neue Aktienrecht, in: BB 1965, S. 677ff.
- Probleme des neuen Konzernrechts, in: Beiträge zum Aktienrecht 1965 I, Schriftenreihe Der Betrieb, Düsseldorf 1966, S. 5-13; DB 1965, S. 1691-1696, 1729-1731
- Das "Unternehmen" im Aktiengesetz, in: FS für A. Knur, München 1972, S. 145ff.
- Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR Bd. 140 (1976), S. 433
- Atypische Beherrschungsverträge, in: FS für Günter Beitzke, 1979, S. 923-936, hrsg. von Otto Sandrock
- Glaser, Erhard Grenzen des Weisungsrechts im Vertragskonzern, Diss. München 1982
- Godin/Wilhelmi Aktiengesetz, Bd. II, 4. Aufl., Berlin, New York 1971
- Gromann, Hans-Georg Die Gleichordnungskonzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Großfeld, Bernhard Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968

- Großkommentar zum Aktiengesetz, bearb. von Barz/Klug/Meyer-Landrut/Wiedemann/Brönnner/Mellerowicz/Schilling/Würdinger, 3. Aufl., Berlin, New York, Bd. 1, 1973; Bd. 4, 1975
- Gutjahr, Hans-Joachim Der Begriff der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung im Konzerngesellschaftsrecht, Diss. Hamburg 1972
- Halter, Rudolf Der Begriff der einheitlichen Leitung im Konzern, Diss. Heidelberg 1974
- Harms, Wolfgang Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, FIW-Schriftenreihe, Heft 45, Köln, Berlin, Bonn, München 1968
- Haussmann, Fritz Die Tochtergesellschaft, Berlin 1923
- Hommelhoff, Peter Die Konzernleitungspflicht, Köln, Berlin, Bonn, München 1982
- v. Hoyningen-Huene, Gerrick Der Konzern im Konzern, ZGR 1978, S. 515ff.
- Hüchting, Hans-Jochen Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag, Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 4, Köln 1972
- Hueck, Alfred Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge, DB 1959, S. 223
- Hueck, Götz Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht, München usw. 1958
zit.: Gleichbehandlung
- Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., München 1983

- Huppert, Walter Recht und Wirklichkeit der Aktiengesellschaft, Berlin 1978
- Immenga, Ulrich Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR Bd. 140 (1976), S. 301
- Kanavelis, Thomas Die Funktion des mitbestimmten Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, München 1987
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, bearb. von Biedenkopf/Clausen/Geilen/Koppensteiner/Kronstein/Lutter/Mertens/Zöllner, Köln, Berlin, Bonn, München 1971-1976
- Koppensteiner, Hans Georg siehe Kölner Kommentar
- Kort, Michael Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1986
- Knoblau, Jochen Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages, Diss. Würzburg 1968
- Kronstein, Heinrich Die abhängige juristische Person, München 1931
- Aktienrechtliche und wettbewerbsrechtliche Aspekte der Konzentration, in: FS für E. Geßler, München 1971, S. 219ff.
- Kropff, Bruno Aktiengesetz 1965, Begründung des RegE, Düsseldorf 1965. Begründung des Regierungsentwurfs zum Aktiengesetz 1965, abgedr. bei Kropff, B., Düsseldorf 1965
- Zur Konzernleitungspflicht, in: ZGR 1984, S. 112

- Langen, Albrecht Die Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft bei einem multinationalen Unternehmen, Diss. 1976
zit.: Langen, Diss.
- Zur Haftung eines herrschenden Unternehmens aus erteilter Weisung, DB 1977, S. 151
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 5. Neubearb. Aufl., München 1980
- Lenel, Hans Otto Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, 2. Aufl., Tübingen 1968
- Leo, Hans-Christoph Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht, in: Die AG 1965, S. 352
- Luchterhandt, Hans-Friedrich Der Begriff "Unternehmen" im Aktiengesetz 1965, in: ZHR Bd. 132 (1969), S. 149
- Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen, Münchener Universitätsschriften, Bd. 6, Stuttgart 1971
- Lutter, Marcus Zur Treuepflicht des Großaktionärs, in: JZ 1976, S. 225
- Zur Wirkung von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf nahestehende Gesellschaften, in: FS für R. Fischer, Berlin, New York 1979, S. 419ff.
- Maier-Mannhart Markt und Macht, in: Süddeutsche Zeitung, Nr. 157, S. 33 vom 12./13.7.1986

- Meilicke, Heinz Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber in- und ausländischen Unternehmen, in: Berliner Festschrift für E.E. Hirsch, Berlin 1968, S. 99
- Meiser, Michael Leitungsautonomie im divisionalisierten Konzern, Diss. Fankfurt a.M. 1984
- Mertens,
Hans-Joachim Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach § 309 AktG in schadensersatzrechtlicher Sicht, AcP 168 (1968), S. 225
- Mestmäcker, Ernst-
Joachim Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten
- Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht, in: JuS 1963, S. 417
- Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für H. Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 129
- Meulenbergh, Claus Die rechtlichen Möglichkeiten der Einflußnahme auf den Vorstand der AG unter besonderer Berücksichtigung des mitgliedschaftlichen Beteiligungsrechts, Diss. Münster 1971
- Miegel, Meinhard Der Unternehmensbegriff im Recht der verbundenen Unternehmen, in: Die AG 1973, S. 122
- Möhring/Schwarz/
Rowedder/Haberlandt Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2. Aufl. Satzungsgestaltung nach dem neuen Aktiengesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1966

- Möhring, Philipp/
Tank, Gerhard in: Möhring/Tank/Grass/Reuss, Handbuch der
Aktiengesellschaft, Bd. 1, 10. Lfg., Köln 1977
zit.: Möhring/Tank
- Müller, Okko Die Organisationsverträge im Aktienrecht -
Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom objektiven
Recht -, Diss. Hamburg 1964
- Mutze, Otto Erfahrungen aus der Anwendung der Unterneh-
mensverträge des Aktiengesetzes 1965, Die AG
1967, S. 215ff. und 254ff.
- Neuhaus, Jürgen R. Die zivilrechtliche Organhaftung des Vorstandes
einer beherrschten Aktiengesellschaft im soge-
nannten "faktischen Konzern" und im Vertrags-
konzern, Diss. Bochum 1969
- Nordmeyer, Andreas Der Unternehmensbegriff im Konzernrecht, Köln
1970, Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen
des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht,
Köln, Bd. 12
- Ott, Claus Recht und Realität der Unternehmenskorpora-
tion. Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Per-
son, Tübingen 1977
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 46. Aufl., München
1987
- Pickardt, Walter Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands
abhängiger AGen nach dem AktG von 1965, Diss.
Hamburg 1974
- Praël, Christoph Eingliederung und Beherrschungsvertrag als kör-
perschaftliche Rechtsgeschäfte, Berlin 1978

- Raiser, Ludwig Die Zukunft des Privatrechts, Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft Berlin am 21.4.1971, Berlin, New York: de Gruyter 1971, 37 S. (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin H. 43)
- Raiser, Thomas Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder?, in: FS für H. Würdinger, ZGR 1978, S. 391
- Rasch, Harold Konzernrecht, 4. Aufl., Köln usw. 1968
- Deutsches Konzernrecht, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1974
- Gutachten für den 42. DJT 1957, Bd. I/3, S. 1ff. zit.: Gutachten
- Aktuelle Probleme des Konzernrechts und der Konzerngesetzgebung, Köln usw. 1970
- Neuere Entwicklungen im Konzernrecht, in: BB 1976, S. 1104
- Rehbinder, Eckard Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg v.d.H. 1969
- Rittner, Fritz Konzernorganisation und Privatautonomie, in: AcP 183 (1983), S. 295ff.
- Rowedder, Heinz Die Rechte des Aufsichtsrats in der beherrschten Gesellschaft, in: FS für K. Duden, München 1977, S. 501
- Rumpff, Klaus Zur Schutzrichtung aktienrechtlicher Vorschriften und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit des Vorstands, Diss. Münster 1969
- Sapper, Helmut Die rechtssystematische Stellung der Unternehmensverträge, Diss. Tübingen 1963

- Schauß, Wolfgang Das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages (§ 308 AktG), Diss. Frankfurt a.M. 1973
- Schießl, Maximilian Die beherrschte Personengesellschaft, Köln 1984
- Schilling, Wolfgang Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts, in: FS für W. Hefermehl, München 1976, S. 383ff.
- Schmidt, Karsten Konzernrecht, Minderheitenschutz und GmbH-Innenrecht, GmbH-Rdsch. 1979, S. 121ff.
- "Unternehmen" und "Abhängigkeit": Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht - Besprechung der Entscheidung BGHZ 74, 394, in: ZGR 1980, S. 277
- Schneider, Uwe H. Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern. Ein Beitrag zum Konzernrecht der Personengesellschaften, in: ZHR Bd. 143 (1979), S. 485
- Konzernbildung, Konzernleitung und Verlustausgleich im Konzernrecht der Aktiengesellschaften - Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Gervais-Urteils für die Entwicklung des Konzernrechts, ZGR 1980, S. 511ff.
- Konzernleitung als Rechtsproblem. Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht, BB 1981, S. 249
- Mittelbare verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Konzern, ZGR 1985, S. 279ff.
- Schulze-Osterloh, Joachim Das Recht der Unternehmensverträge und die stille Beteiligung an einer AG, in: ZGR 1974, S. 427

- | | |
|---|---|
| Schwark, Eberhard | Spartenorganisation im Großunternehmen und Unternehmensrecht, in: ZHR Bd. 142 (1978), S. 203 |
| Semler, Johannes | Die Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats, Diss. Köln, Berlin, Bonn, München 1981 |
| Sonnenschein, Jürgen | Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, Baden-Baden 1976 |
| Spitzenverbände der gewerblichen Wirtschaft | Stellungnahme zu den Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen im Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes und im Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, Köln, Bonn 1960 |
| Stehle, Heinz | Abhängigkeitsbericht oder Beherrschungsvertrag?, in: Die AG 1966, S. 233 |
| Steindorff, Ernst | Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht?, in: FS für L. Raiser, 1974, S. 621ff. |
| Straßberger, Claus Peter | Der Beherrschungsvertrag in der Aktienrechtsreform, Diss. Würzburg 1965 |
| Timm, Wolfram | Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze - Die Zuständigkeitsordnung bei der Konzernbildung und Konzernumbildung, Diss. Köln usw. 1980 |
| Veit, Klaus-Rüdiger | Unternehmensverträge und Eingliederung als aktienrechtliche Instrumente der Unternehmensverbindung, Diss. Düsseldorf 1974 |
| Vetter, Jürgen | Erwägungen zur Haftung der Konzernobergesellschaft nach dem Aktiengesetz von 1937 und 1965, Diss. Würzburg 1970 |

- Wendeling-Schröder, Ulrike Divisionalisierung, Mitbestimmung und Tarifvertrag, Diss. Köln, Berlin, Bonn, München 1984
- Werner, Horst S. Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand (im faktischen Konzern), Diss. Göttingen 1979
- Die Grundbegriffe der Unternehmensverbindung des Konzerngesellschaftsrechts, in: JuS 1977, S. 141
- Westermann, Harry Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: FS für L. Schnorr v. Carolsfeld, Köln usw. 1972, S. 517
- Wiedemann, Herbert Gesellschaftsrecht, Bd. 1: Grundlagen, München 1980
- Wilhelm, Hermann Die Beendigung des Beherrschungsvertrages und des Gewinnabführungsvertrages, Diss. Bochum 1975
- Windbichler, Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle, Diss. München 1977
- Würdinger, Hans Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1981
- Aktien- und Konzernrecht, 1. Aufl. 1959, 2. Aufl. 1966, 3. Aufl. 1973, jew. Karlsruhe
- Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes, in: Der Betrieb 1958, S. 1447ff.

- Der Begriff Unternehmen im Aktiengesetz, in: Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festgabe für O. Kunze, Berlin 1969, S. 177ff.
- Eingliederung und Beherrschungsvertrag. Zwei Instrumente der Unternehmenszusammenfassung, in: Liber amicorum für Pieter Sanders, Deventer/s'Gravenhage 1972
- Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937
- Zietz, Hans-Henning Der Vertragskonzern: Leitungsmacht und Verantwortlichkeit, Diss. Göttingen 1971
- Zöllner, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin 1963
- Zum Unternehmensbegriff der §§ 15ff. AktG, in: ZGR 1976, S. 1ff.
- Zweifel, Martin Holdinggesellschaft und Konzern, Diss. Zürich 1973

LEBENS LAUF

Personaldaten

Vorname:	Ioannis
Name:	Kantzas
Geburtsdatum:	12.05.1949
Geburtsort:	Thessaloniki/Griechenland
Beruf des Vaters:	Rechtsanwalt

Bildungsgang

Sept. 1961 - Juni 1967	5. Knabengymnasium Thessaloniki/ Griechenland
Sept. 1967 - Nov. 1972	Juristische Fakultät der Universität Thessaloniki (Stipendiat der griechischen staatlichen Stiftung)
Mai 1973 - Nov. 1976	Militärdienst
Feb. 1976 - Juli 1981	Juristische Fakultät der Ludwig-Maximi- lians-Universität München (Promotion/D.A.A.D.-Stipendiat)
Aug. 1981 - April 1984	Beschäftigt auf Zeit beim Generalsekreta- riat des Europäischen Parlaments in Luxembourg
Mai 1984 - Juli 1986	Fortsetzung meines Promotionsstudiums bei der Universität München
Sept. 1986 - heute	Beamter beim Generalsekretariat des Europäischen Parlaments in Luxembourg

Im Rahmen der unaufhaltsamen Tendenz der letzten Jahrzehnte zu vielfältiger Unternehmenskonzentration nehmen die verschiedenen Konzernierungsformen eine zunehmende Bedeutung ein. Einen zentralen Aspekt der Konzernierung stellt die beherrschungsvertragliche Konzernbildung dar.

Die vorliegende Arbeit untersucht die mit der Begründung der vertragskonzernrechtlichen Leitungsmacht zusammenhängenden Zuständigkeitsverschiebungen innerhalb einer Aktiengesellschaft und versucht, die mittels Weisungserteilung erworbene Zuständigkeit des herrschenden Unternehmens für die Leitung der Tochtergesellschaft abzustecken. Anschließend werden Fragen der Prüfungs- und Folgepflicht des Vorstands der beherrschten AG sowie der Haftung der an der Erteilung bzw. Durchführung einer über die zulässige Schranke hinausgehenden Weisung Beteiligten erörtert.

Ioannis Kantzas wurde am 12.5.1949 in Thessaloniki/Griechenland geboren. Er studierte Rechtswissenschaft an der Universität Thessaloniki und als DAAD-Stipendiat an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Von September 1974 bis Juli 1975 war der Verfasser wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht der Universität Komotini. Seit März 1976 ist er in Thessaloniki als Rechtsanwalt zugelassen. Im September 1986 nahm er seine jetzige Tätigkeit beim Generalsekretariat des Europäischen Parlaments in Luxemburg auf. Mit der vorliegenden Arbeit promovierte er 1987 bei Professor Dr. Götz Hueck zum Dr. jur.